



# **AS PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEIA**

Uma leitura em face do *caleidoscópio* ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE

**Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo**

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

**Maio de 2016**

Autora: Carolina Ferreira da Silva

Orientadora: Professora Doutora Raquel Carvalho

# **AS PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEIA**

Uma leitura em face do *caleidoscópio* ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE

**Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo**

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

**Maio de 2016**

*À minha mãe,  
Por sempre me lembrar do sítio de onde vim.*

*Ao meu pai,  
Por sempre me lembrar dos sítios onde ainda tenho de ir.*

*À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Carvalho, pelo alento e paciência.*

## PRINCIPAIS ABREVIATURAS

AAFDL Associação Académica da Faculdade de  
Direito de Lisboa

CCV Custo do Ciclo de Vida

CE Comissão Europeia

CEDRIPE Centro de Estudos de Direito Público e  
Regulação

Cf. Conferir

COM Comunicação

EA Entidade(s) Adjudicante(s)

ERPL European Review of Public Law

EPPPL European Procurement & Public Private  
Partnership Law Review

LIEI Legal Issues of Economic Integration

N.º Número

P. Página

Pp. Páginas

PEMV Proposta economicamente mais vantajosa

PH Política Horizontal/ Políticas Horizontais

P.P.L.R. Public Procurement Law Review

Proc. Processo

RCP Revista de Contratos Públicos

TFUE Tratado sobre o Funcionamento da União  
Europeia

TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia

UE União Europeia

Vol. Volume

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	6
1.A CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEIA .....	8
2.PH NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEIA – A <i>CALEIDOSCOPIA</i> DA <i>ESTRATÉGIA EUROPA 2020</i> E DA <i>DESIDERATA</i> DE SCHOONER .....	12
2.1 Uma questão <i>terminológica</i> – a horizontalidade ou a secundariedade? .....	14
2.2. Breve nota sobre a evolução das considerações ambientais e sociais no espaço da contratação pública europeia.....	16
3.A DIRETIVA DE 2014/24, UM SALTO QUALITATIVO? – ALGUNS REFLEXOS DAS CONSIDERAÇÕES AMBIENTAIS E SOCIAIS.....	19
4.AS PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS EM FACE DA EVOLUÇÃO DAS CONSIDERAÇÕES AMBIENTAIS E SOCIAIS NO ESPAÇO EUROPEU – A DIRETIVA 2014/24 .....	31
5.CONCORRÊNCIA E PH AMBIENTAIS E SOCIAIS: UMA TENSÃO IRREMEDIÁVEL? .....	37
CONCLUSÃO .....	41
BIBLIOGRAFIA .....	43
ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS DA UNIÃO EUROPEIA .....	48
COMUNICAÇÕES DA COMISSÃO EUROPEIA .....	49
SÍTIOS DA INTERNET CONSULTADOS .....	49

## INTRODUÇÃO

Principiemos por constatar uma evidência: a criação de condições concorrenciais efetivas no espectro da contratação pública europeia sempre se afigurou como fundamental. Com efeito, essa concorrência serviu (e serve) à manutenção do mercado interno como hoje o conhecemos e é manifestamente reconhecida a sua importância na aquisição pública economicamente eficiente. Com efeito, essa necessidade concorrencial sempre se fez notar no percurso da contratação pública que, de forma mais ou menos intensa, se foi espelhando nas opções normativas vertidas nas correspondentes Diretivas.

Porém, nos últimos tempos – pelo menos, desde 2008, a esta parte – a UE *submergiu* numa crise económica, que teve, não só reflexos financeiros, como também ambientais e sociais. É, precisamente, reconhecendo estas fragilidades que, em 2010, a CE lançou a *Estratégia Europa 2020*<sup>1</sup>, para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Foi no espaço desta nova *Estratégia*, que as considerações ambientais e sociais na contratação pública ganharam renovado *fôlego*, colocando em cima da mesa, desta feita, com maior intensidade, uma segunda evidência: é reconhecida à contratação pública um papel fundamental de instrumentalização à prossecução de determinadas políticas. Pretendia-se, então, que através da contratação pública, as EA comprassem ambiental e socialmente melhor, objetivo que encontrou reflexo legislativo com o novo pacote de Diretivas de contratação pública<sup>2</sup>.

Partindo destas duas evidências, com a presente dissertação pretende-se alcançar qual o atual lugar da concorrência na contratação pública, em face do reforço do *caleidoscópio* ambiental e social, apresentado pela Diretiva 2014/24/UE<sup>3</sup>.

Com a assumida pretensão de não tratar o assunto de forma demasiadamente abstrata, abrir-se-ão dois capítulos onde se estudam, em concreto, por um lado, a introdução das (mais significativas) considerações ambientais e sociais no procedimento de contratação pública da Diretiva e, por outro lado, a imposição dos requisitos concorrenciais em face dessas considerações.

---

<sup>1</sup>COM(2010) 2020 final.

<sup>2</sup>Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/EU.

<sup>3</sup>Adiante, Diretiva 2014/24.

Mas, antes de mais, e não menosprezando o papel dos contextos no âmbito do pensamento jurídico, abrimos espaços para, por uma banda, alcançarmos a clarificação do papel assumido pela concorrência na contratação pública e, por outra banda, compreendermos a função das PH (ambientais e sociais), ramificando, esta última parte, numa breve evolução histórica e num estudo sobre a *terminologia* aplicada a este tipo de políticas.

Chegados ao fim do itinerário, introduzimos o leitor a uma discussão doutrinal que tentará *deslindar* se haverá espaço para a (pacífica) convivência entre concorrência e as reforçadas dimensões ambientais e sociais, tentando-se analisar a tensão que se antecipa, decerto, desde a leitura do título da presente dissertação.

## 1. A CONCORRÊNCIA<sup>4</sup> NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEIA

É hoje incontestável que a contratação pública se assume como um verdadeiro e essencial instrumento à realização do mercado interno<sup>5,6</sup>, facto que se justifica, em parte, pelo peso que assume no PIB da UE – cerca de 20% –, merecendo, por isso, uma atenção especial por parte do legislador europeu, que compreendeu a necessidade de se amparar nas propriedades da contratação pública para atingir este objetivo.

Não poderá, então, deixar de causar alguma estranheza, que o Tratado de Roma se tenha demonstrado praticamente indiferente<sup>7</sup> ao papel que a contratação pública poderia assumir na realização do mercado interno, através da abertura dos concursos nacionais ao à concorrência europeia – a consciência da pertinência da matéria da contratação pública não se vislumbrou desde cedo<sup>8</sup>, o que constituiu uma dificuldade acrescida para a “assunção do princípio da concorrência como *law in action* pelas entidades adjudicantes em diversos Estados-membros”<sup>9</sup>.

Foi com base neste último remate que se justificou a aplicação dos princípios do Tratado ao espaço da contratação pública – sendo, mais tarde, a partir deles, que brotaria a específica *racionalidade* das Diretivas de contratação pública – nomeadamente, os princípios da livre circulação de capitais, de trabalhadores e de mercadorias, da livre prestação de serviços, da não discriminação em razão da nacionalidade, da supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, que visam, como se sabe, a abertura do mercado à concorrência, prevenindo-se a disseminação de práticas discriminatórias, pela

---

<sup>4</sup>Importa, desde já, destrinçar dois tipos de concorrência: por um lado, a concorrência enquanto conjunto de regras que se dirigem aos privados; por outro lado, a concorrência enquanto normas reguladoras que se dirigem ao Estado - e que “visam abrir os contratos públicos à concorrência no mercado europeu”. Assim, Viana, 2007, pp. 170, 171. As preocupações concorrenciais aqui estudadas dizem respeito ao funcionamento do princípio de concorrência, entendido como meio de abertura dos contratos públicos ao mercado europeu. Sobre a confluência entre os sistemas de concorrência “privada” e concorrência “pública”, cf. Munro, 2006, 6, pp. 352-361 e Olykke, 2011, 6, pp. 172-192.

<sup>5</sup>Em junho de 1985, foi aprovado o Livro Branco sobre a realização do mercado interno [COM (85) 310 final], onde se apontava como principal objetivo a criação do mercado interno assente na eliminação de fronteiras físicas, técnicas e fiscais.

<sup>6</sup>O objetivo de construção do mercado interno sempre foi apontado pelos órgãos da UE como autêntico *porta-estandarte* europeu.

<sup>7</sup>Nele encontramos uma “alusão incidental à abertura dos concursos públicos nacionais”, no artigo 163º, n.º 2. Cf. Estorninho, 2006, p. 23. Neste sentido, também, Mário Esteves de Oliveira, 2011, p. 52.

<sup>8</sup>Maria João Estorninho justifica tal com a “diversidade dos modelos tradicionais de contratação pública na Europa”, tendo esta diversidade obstaculizado a adoção de um “modelo comunitário de contrato”. Cf. Estorninho, 2006, p. 24.

<sup>9</sup>Medeiros, 2008, p. 3.



colocação dos operadores económicos em posição de igualdade, também alcançada pelo princípio da transparência. É a esta igualdade à qual se descortina uma lógica concorrencial e à qual é reconhecida uma importância anterior à sua consagração expressa nas Diretivas<sup>10</sup>. Assim, não se poderá surpreender o leitor quando, ao falarmos da concorrência e dos seus específicos reflexos no espectro da contratação pública, o façamos por recurso aos mencionados princípios – é na escalada destes princípios que lograremos atingir a concorrência no cume da montanha<sup>11</sup>; é através deles que se efetiva uma concorrência sã e revigorante. O funcionamento indiferenciado destes princípios, no sentido em que não se previu no Tratado uma específica lógica de concorrência para o contrato público europeu, está na origem, segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, da noção de contrato público “neutro”<sup>12</sup>, o que não se verifica, atualmente, pela crescente necessidade de cumprimento de novas exigências, fruto do amadurecimento do direito da UE, numa Europa que se tem revelado cada vez mais *caleidoscópica*<sup>13</sup>.

É certo que a criação das condições para uma efetiva concorrência é um dos prismas mais relevantes na contratação pública: é com ela que se promove uma maior eficiência na “gestão do dinheiro público e no combate à fraude e à corrupção”<sup>14</sup>, para além do óbvio desígnio que, como já dissemos, se consubstancia na construção do mercado interno<sup>15;16;17</sup>.

Porém, é também devido à especial relevância que a concorrência assume na contratação pública que esta última é “um dos palcos mais propícios e atractivos para a ocorrência de

---

<sup>10</sup>Sampaio, 2013, p. 419.

<sup>11</sup>Nas Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE não se fazia referência a um princípio da concorrência efetiva, ao contrário da igualdade e da transparência. Contudo, a concorrência é considerada como “um objectivo da contratação pública [...] em termos tais que se afigura adequado encará-la [...] como um verdadeiro princípio”, sendo que “o princípio da concorrência é [...] a verdadeira trave-mestra da contratação pública, uma espécie de *umbrella principle*” contagiando os outros princípios, com a consequente necessidade de os densificar “numa perspectiva concorrencial”. Oliveira, 2008, pp. 65-67.

<sup>12</sup>Acreditamos que esta neutralidade terá sido um dos fatores contributivos para uma visão asséptica da contratação pública também no que respeita à possibilidade da sua instrumentalização a considerações ambientais e sociais, o que explica, em parte, o tardio e significativo despertar para este tipo de matérias.

<sup>13</sup>A concorrência no espaço europeu – e, julgamos, também no plano da contratação pública – tem-se visto perante um processo de multiplicação dos objetivos que com ela se pretendem alcançar, tendo vindo a ser utilizada para outros fins que não meramente económicos, uma vez que a identificação dos objetivos que se propõe atingir encontra-se sujeita à inconstância temporal. Nesta linha, Pais, 2011, p. 62.

<sup>14</sup>Viana, 2007, p. 171. Neste sentido, ainda, Quesada, 2014, p. 236.

<sup>15</sup>Cf., a este propósito as conclusões da Advogada-Geral Christine Stix-Hackl, no âmbito do Acórdão *Sintesi* (Proc. C-247/02), para. 33.

<sup>16</sup>Concordante com esta relação umbilical entre a concorrência na contratação pública e a concorrência no mercado interno, cf. Graells, 2015, p. 381.

<sup>17</sup>Schooner, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, 2002, p. 104. “*we promote competition because we believe in the power of the market place*”.

comportamentos que põem em perigo a concorrência”<sup>18</sup>, pelo claro risco de criação de relações tendenciosas entre as EA e os operadores económicos. De facto, os mercados públicos têm características específicas que os transformam em potenciais locais de práticas anti concorrenciais: são “mercados [...] concentrados”, “de reduzida dimensão”, complexos e em que são necessários “avultados investimentos”, com “produtos *standardizados* e de difícil substituição”<sup>19</sup>. Assim, e em face destas especificidades criaram-se medidas *aliadas da concorrência*, das quais são exemplos “a imposição de medidas de transparência e publicidade relativamente aos procedimentos adjudicatórios”, “a preferência por critérios de adjudicação baseados no preço mais baixo”, ou “a previsão de sanções para infratores”<sup>20</sup>.

É esta consciência de risco de fraude que leva o legislador europeu, na Diretiva 2004/18/CE<sup>21</sup>, no considerando 2 a exigir a criação de “disposições [...] que se baseiem [...] nos princípios delas resultantes [das três liberdades já mencionadas], tais como o princípio da igualdade de tratamento, [...] e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência, bem como na concorrência efectiva para a adjudicação dos contratos públicos”. Neste âmbito, é também importante o artigo 2º, que se assume como modo de atingir a concorrência na contratação pública, através dos princípios da igualdade, da não discriminação e da transparência.

Por seu turno, o primeiríssimo considerando da Diretiva 2014/24<sup>22</sup> demonstra o lugar central que a concorrência assume no âmbito na contratação pública europeia – neste considerando, as preocupações concorrenciais refugiam-se na vestimenta dos primordiais princípios do TFUE. A concorrência revela-se, ainda, neste considerando, na medida em que se impõe que “deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência”. Note-se que estas considerações têm de ser lidas em paralelo com o artigo 18º, n.º1, que consagra um autêntico princípio da concorrência: “*os concursos não podem ser organizados no*

---

<sup>18</sup>Sampaio, 2013, p. 492.

<sup>19</sup>Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável, 2014, p. 371.

<sup>20</sup>*Idem, Ibidem*, pp. 371, 372.

<sup>21</sup>Adiante, Diretiva 2004/18.

<sup>22</sup>Substituindo a Diretiva 2004/18.

*intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência”.*

Imediatamente a seguir, no considerando segundo, a ponte *contratação pública/objetivo a alcançar*, já se encaminha para outra *margem do rio*, relacionando-se a contratação pública com as exigências impostas pela *Estratégia Europa 2020*, na qual assume um papel instrumental – na qualidade de *meio*, de *atalho* – na medida em que se pretende “*alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos*”.

Da análise destes dois considerandos, constatamos que o legislador optou por, em termos estruturais, de fazer referência primordial às preocupações concorrenciais ligadas à construção do mercado interno, optando por relevar as considerações ambientais e sociais – que, apesar de não serem expressamente referidas, se encontram sob o arcaboiço da referida *Estratégia*, concretamente, na expressão “*crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*” – num segundo estágio.

A dúvida reside em descortinar se esta opção estrutural será inocente, ou se corresponde a uma determinada intencionalidade que poderá levantar o *véu* sobre o lugar que as PH ocupam no espaço da contratação pública europeia e, em especial, em face das preocupações concorrenciais gizadas para a manutenção do mercado interno. Se, por um lado, reconhecemos que a adoção desta estrutura desvenda, claramente, que a Comissão continua a afirmar que a concorrência deve continuar a ter um papel fundamental, por outro lado, entendemos que ambos os objetivos devem ser olhados, se não de forma paritária, pelo menos, complementar – só com o seu cumprimento simultâneo se poderá lograr atingir o que se expecta de uma contratação pública multivalente. Tal ancora-se no facto de o regime comunitário da contratação se revelar cada vez mais multifacetado, deixando de se antecipar a edificação do mercado interno como único desígnio. Neste contexto, MARIA JOÃO ESTORNINHO aponta como “nova faceta dos contratos públicos”, a realização de “*políticas públicas verdes ou de políticas sociais*”<sup>23</sup>. Também na linha de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, se defende que a contratação pública pode e deve estruturar-se à volta de outros fins que não o da defesa da concorrência, uma vez que “comprimir ou afastar a concorrência não é mau em si: pode ser compensado por outros

---

<sup>23</sup>Estorninho, Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um Olhar Português, 2006, p. 25.

benefícios, diferentes daqueles que a concorrência conseguiria produzir”<sup>24</sup>. Advertimos, contudo, que estes novos desafios só poderão lograr atingir o sucesso pretendido se assentarem os seus pressupostos em *safe ground* que, para eles, se consubstancia no bom funcionamento do mercado interno: uma “UE alargada e diversificada depende mais do que nunca do bom funcionamento do mercado único”<sup>25;26</sup>.

## **2. PH NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEIA – A CALEIDOSCOPIA DA ESTRATÉGIA EUROPA 2020 E DA DESIDERATA DE SCHOONER<sup>27</sup>**

Segundo MARIA DA GLÓRIA GARCIA<sup>28</sup> a “responsabilidade pelo futuro confere à responsabilidade individual uma dimensão colectiva”; ajustando: a responsabilidade pelo futuro europeu confere à responsabilidade dos Estados-Membros uma dimensão colectiva<sup>29</sup>. Questão fundamental é a de perceber que futuro europeu de contratação pública é que se quer, pois que, como bem se sabe, a contratação pública tem ínsita um conjunto múltiplo de objetivos<sup>30</sup> e que se podem revelar conflitantes.

Esta responsabilidade europeia agudizou-se aquando da crise económica despoletada em 2008. É precisamente neste contexto que se insere a *Estratégia Europa 2020* que, reconhecendo que a Europa atravessa “um período de transformação” – provocado não só pela crise económica, como pelos novos desafios mundiais: a globalização ou o esgotamento dos recursos – assenta em três prioridades: (i) crescimento inteligente, desenvolvendo “uma economia baseada no conhecimento e na inovação”<sup>31</sup>; (ii) crescimento sustentável, promovendo “uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva”; (iii) crescimento inclusivo, fomentando “uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial”. São estes dois últimos pilares que evidenciam o papel fundamental que a contratação pública deve assumir na veiculação de PH ambientais e sociais,

---

<sup>24</sup>Raimundo, 2013, p. 126.

<sup>25</sup><http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l70004&rid=8>, consultado em 21 de abril de 2016.

<sup>26</sup>Assim, Miguel Assis Raimundo, “não há qualquer óbice em admitir que a tutela da concorrência joga um papel determinante na fundamentação e compreensão das normas da contratação pública.” Raimundo, 2013, p. 122.

<sup>27</sup>Schooner, 2002.

<sup>28</sup>Garcia, 2009, p. 168.

<sup>29</sup>Ideia paralela é a de Roberto Caranta, “*Making public procurement [...] sustainable, is something of a cultural revolution. It takes a lot of effort, at national [...] and international level*”. Caranta, *Helping Public Procurement Go Green: The Role of International Organisations*, 2013, p. 49.

<sup>30</sup>Assim, Bovis, 2007, p. 445. “*Public procurement [...] carries the power of acquisition; it epitomises economic freedom; it depicts the nexus of trade relations amongst economic operators; it represents the process necessary to deliver public services; it demonstrates strategies policy options*”.

<sup>31</sup>Sobre a *inovação* no âmbito da Diretiva 2014/24, cf. Butler, 2014, pp. 337-382.

atribuindo-se à contratação pública competências *caleidoscópicas* – v.g., de responsabilidade ambiental e social – em face das novas necessidades. A *caleidoscopia* verifica-se então, a montante – no momento da origem do(s) problema(s) – e a jusante – nas soluções encontradas para se fazer face ao(s) problema(s). A solução passa pela utilização *estratégica* do poder que as autoridades públicas detêm nas mudanças de consumo, através das suas compras, que deverão garantir, por exemplo, a proteção do ambiente ou o combate à desigualdade<sup>32;33</sup>.

Esta ótica de multiplicidade verifica-se, ainda, na Desiderata de Schooner, onde se atribuem à contratação pública nove fundamentais objetivos: (i) “*competition*”, (ii) “*integrity*”, (iii) “*transparency*”, (iv) “*efficiency*”, (v) “*customer satisfaction*”, (vi) “*best value*”, (vii) “*wealth distribution*”, (viii) “*risk avoidance*”, (ix) “*unifomity*”<sup>34</sup>. Apesar da apresentação taxativa destes objetivos, considera que “*a state [cannot] expect that its objectives for its system will remain constant over time. Determining which goals are most importante is a daunting, ever-evolving challenge*”<sup>35</sup>. Foi precisamente este o desafio que a UE curialmente acatou: o de compreender que existem objetivos ambientais e sociais a alcançar através da contratação pública. Na verdade, e como aponta MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “a contratação pública serve (sempre) à prossecução de políticas públicas concretas, de objectivos concretos, e pode por isso ser equacionada enquanto mais um instrumento (...) ao dispor dos governos”<sup>36</sup>. SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK explicam, em termos práticos, o que significa o conceito de PH: “*In carrying out their functions, however, public bodies may also wish, or be required, to further other societal objectives. These may include a range of environmental, social or industrial policies – for example, reduction of carbon emissions, the economic development of ethnic minority groups, support for employment of the disabled, or the development of poor regions*”<sup>37</sup>. Também BERNAL BLAY considera que “la contratación puede, y debe

---

<sup>32</sup> “*Public authorities can send a powerful signal to the market*”. Wiesbrock, 2013, p. 129.

<sup>33</sup> Relembre-se, contudo, paradoxalmente (?) que “a contratação pública [deverá ter] presente em qualquer contrato público [...] o dever de, por aplicação das regras da contratação pública, se fazerem bons negócios (do ponto de vista financeiro)”. Pereira & Franco, 2012. Com efeito, a crise agudizou as preocupações de despesa; contudo, para Pedro Gonçalves, tal não terá de significar, necessariamente, um amortecimento das PH. Ao invés, pode e deve significar o seu fomento: “a despesa pública estimuladora (*stimulus spending*) aproveita politicamente o conhecido potencial regulador do *public procurement*, na busca da realização dos designados objetivos públicos”. Cf. Gonçalves, p. 7.

<sup>34</sup> Schooner, 2002, p. 103.

<sup>35</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 110.

<sup>36</sup> Raimundo, A formação dos contratos públicos, Uma concorrência ajustada ao interesse público, 2013, p. 395.

<sup>37</sup> Sue Arrowsmith, 2009, p. 13.

ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”<sup>38</sup>. Há, até, quem advogue, por recurso ao artigo 11º do TFUE, que a introdução de considerações, pelo menos, ambientais, no âmbito da contratação pública se assume como vinculativa, e não como algo que possa ser perspetivado num plano de discricionariedade da UE. Isto significaria que o legislador e juiz europeus deveriam garantir que as autoridades nacionais não procedessem a aquisições (assépticas) de produtos, obras ou serviços, desligadas de considerações de sustentabilidade<sup>39</sup>.

O problema é o de que a implementação deste tipo de PH assume-se suscetível de *atingir o coração* da concorrência, cuja cabal importância no espaço da contratação pública europeia já reconhecemos. Por uma banda, ao criarem-se critérios de preferência ambiental e social, excluem-se, logo à cabeça, operadores económicos da corrida concursal (podendo colocar-se em causa o *best value for money*<sup>40</sup>, pela diminuição “automática” do leque de escolha); por outra banda, cria-se o risco da utilização promíscua destes critérios, no sentido de se favorecer, injustificadamente, determinados operadores. Acresce que, segundo PETER TREPTE, estas políticas “*will often be explicitly discriminatory given that their purpose is self-evidently to favour domestic producers and production*”<sup>41</sup>.

## **2.1 Uma questão terminológica – a horizontalidade ou a secundariedade?**

Apelidar estas políticas de *horizontais* ou *secundárias* não é uma questão despidiêda de interesse, pois que o *invólucro* jurídico sempre influi na forma como se percecionam os diferentes institutos jurídicos e, conseqüentemente, como deles se dá *uso*. Este é um daqueles casos em que o *uso* da forma pode eclipsar a substância – a utilização do termo (política) *horizontal* ou *secundária* pode influenciar a efetiva implementação das políticas ambientais e sociais no espaço europeu.

---

<sup>38</sup>Bernal Blay, 2013, p. 163.

<sup>39</sup>Assim, Wiesbrock, 2013, p. 130.

<sup>40</sup>Sue Arrowsmith chama à atenção para a mudança evolutiva do conceito, insita no *Best Value Statutory Guidance*, de Setembro de 2011, onde se impõe a consideração de aspetos sociais e ambientais, como forma de criar um conjunto de benefícios além da obtenção do produto/obra/serviço em si mesmo. Cf. Arrowsmith, 2014, pp. 28, 29.

<sup>41</sup>Trepte, 2007, pp. 71, 72.

Inicialmente, SUE ARROWSMITH<sup>42</sup> inclinava-se para a utilização do termo *secundária*, uma vez que considerava que o principal objetivo de uma determinada aquisição era uma específica compra em condições concorrenciais. No entanto, a autora, em conjunto com PETER KUNZLIK<sup>43</sup>, veio alterar a sua visão no que concerne a esta matéria, defendendo, atualmente, a utilização do termo *horizontal*. Como explicam estes autores está longe de ser claro que estas considerações – ambientais e sociais – sejam, verdadeiramente, *secundárias*. Com efeito, perante uma determinada aquisição pública, colocam-se em evidência duas possibilidades de desígnio da EA, que obstaculizam a utilização do termo (política) *secundária*: por um lado, a EA pode querer a aquisição do produto/obra/serviço tanto como quer atingir objetivos sociais e/ou ambientais; por outro lado, a EA pode considerar que com a aquisição daquele serviço ou daquele produto logrará atingir o desenvolvimento de uma determinada política que sempre pretendeu em primeiro lugar, funcionalizando-se, portanto, o objetivo tradicional da contratação pública à implementação destas considerações no terreno.

Por outro lado, a utilização do termo *secundárias* pode *tingir* depreciativamente a perceção social e jurídica destas políticas, facto que não se esgota em si mesmo. A verdade é que, na prática, se pode criar alguma nebulosidade na forma como as entidades reguladoras olham para estas políticas, atuando sobre elas de forma restritiva e intransigente. Contrariamente, utilização do termo *horizontal* obriga a que as referidas entidades lhes reconheçam um “estatuto de igualdade” na sua relação com outras políticas europeias tradicionais<sup>44</sup>.

Preferimos a utilização do termo *horizontais*, uma vez que só a utilização deste termo contém o potencial de incentivo à veiculação dos objetivos que a UE pretende ver alcançados com a *Estratégia Europa 2020* – e, arriscamos, só a utilização deste termo pode espelhar, com rigor, as exigências do TFUE<sup>45;46</sup>. Caso contrário, tal como refere

---

<sup>42</sup>Sue Arrowsmith, 2009, p. 13.

<sup>43</sup>*Idem, Ibidem*, p. 13

<sup>44</sup>*Idem, Ibidem*, pp. 14, 15.

<sup>45</sup>Revisitem-se os artigos 7º, 9º e 11º do TFUE.

<sup>46</sup>Nesta linha, Beate Sjaafjell e Anja Wiesbrock, “*in addition to the environmental integration principle in Article 11 TFUE and the principle of social policy integration in Article 9 TFUE, we have a general principle of integration of policy objectives contained in Article 7 TFUE, requiring that the EU must ensure consistency between its policies and activities*”. Cf. Sjaafjell & Wiesbrock, 2015, pp. 10, 11.

RAQUEL CARVALHO, estar-se-ia a traçar “uma fronteira entre políticas europeias que, *ab initio*, estão no mesmo plano de importância”<sup>47</sup>.

## **2.2. Breve nota sobre a evolução das considerações ambientais e sociais no espaço da contratação pública europeia**

Como aponta MARIA JOÃO ESTORNINHO, desde a Cimeira de Cardiff, realizada em 1998, que se tem vindo a desenvolver na Europa “uma estratégia global para a aplicação do princípio da integração ambiental do artigo 11º dos Tratados”<sup>48</sup>. No mesmo ano, a Comissão emitiu uma comunicação “Os contratos públicos na UE” – COM (1998) 143 final, reconhecendo a importância europeia das políticas (não só) ambientais, (como) sociais e que nos parece ter sido catapulta para a realização da referida Cimeira. Neste âmbito, a Comissão fazia uma resenha do que era ambiental e socialmente permitido à luz das Diretivas da contratação pública em vigor. Certo é que as “permissões” aí estipuladas sempre se fizeram acompanhar por preocupações concorrenciais rigorosas, facto cabalmente admitido pela Comissão, que, na mesma comunicação recorda que “a política comunitária de contratos públicos integra os mercados de contratos dos Estados-membros no mercado único, implantando uma economia de mercado aberta à livre concorrência”<sup>49</sup>.

Já em 1988, no Acórdão *Beentjes*<sup>50</sup>, se propugnava pela admissibilidade da introdução de considerações de natureza social como critérios de valoração na adjudicação, nomeadamente no que respeita à imposição de um critério que exigia que operadores económicos procedessem à contratação de desempregados de longa duração. Este avanço pioneiro não deixou, contudo, de antecipar as necessárias preocupações concorrenciais, tendo o Tribunal declarado que “a condição de emprego dos desempregados de longa duração é compatível com a directiva se não tiver incidência discriminatória directa ou indirecta em relação a proponentes de outros Estados-membros da Comunidade”. Curioso é observar que o primeiro reconhecimento jurisprudencial no que respeita à introdução deste tipo de considerações tenha sido um reconhecimento ligado a questões sociais<sup>51</sup>. No plano social, este entendimento do Tribunal é plenamente reconhecido pelo Acórdão

---

<sup>47</sup>Carvalho, 2015, p. 883.

<sup>48</sup>Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável, 2014, p. 421.

<sup>49</sup>Cf. [http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao\\_CE\\_COM-1998-143\\_final.PDF](http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-143_final.PDF), consultado em 27 de abril de 2016, p. 2.

<sup>50</sup>Proc. 31/87.

<sup>51</sup>Como verificaremos, mais à frente, as considerações sociais assumem uma dificuldade acrescida na sua conciliação com as preocupações concorrenciais



*Viking*<sup>52</sup>, onde se declara que “os direitos que resultam das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais devem ser ajustados aos objectivos prosseguidos pela política social”. Repare-se que, nesta fase, em 2007, se prevê que são as disposições do Tratado ligadas à construção do mercado interno que se devem ajustar aos objetivos prosseguidos pela política social, e não o contrário. Se nos parece excessivo considerar que esta escolha frásica revela uma primazia das considerações sociais sobre as considerações concorrenciais, certo é que às primeiras lhes é dada a devida atenção.

Em 2001, a Comissão lançou duas comunicações interpretativas: A COM (2001) 247 final – sobre o Direito aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais na contratação pública e a COM (2001) 566 final – sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos. Nas duas comunicações faz-se um esforço para enumerar como poderão os Estados-Membros integrar as considerações ambientais e sociais nas diferentes fases do procedimento de contratação pública e à luz da legislação europeia. No espaço da segunda comunicação, DIOGO DUARTE CAMPOS<sup>53</sup> considera que a mesma é um resultado expectável (“sem surpresa”) do modelo social europeu adotado, das imposições do Tratado, de vários documentos emanados pela Comissão e da posição assumida pelo Tribunal.

Foi nesta senda que os Acórdãos *Concordia Bus*<sup>54</sup> e *Wienstrom*<sup>55</sup> escreveram uma importante página na história da evolução das políticas ambientais na contratação pública europeia. Do primeiro Acórdão retiram-se duas ilações essenciais. Por um lado, o Tribunal estabeleceu os limites à introdução de considerações ambientais no âmbito da PEMV: (i) os critérios têm de se relacionar com o objeto do contrato, (ii) não podem conferir à referida entidade uma liberdade de escolha incondicional, (iii) têm de estar expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso (iv) e de respeitar todos os princípios fundamentais do direito comunitário designadamente o princípio da não discriminação<sup>56</sup>. Como se vê, o Tribunal admite a necessidade de desenvolvimento da política ambiental, sem nunca descurar condições de proteção da

---

<sup>52</sup>Proc. 438/05, para. 79, p. I 10835.

<sup>53</sup>Campos, 2011, pp. 156, 157.

<sup>54</sup>Proc. C-513/99.

<sup>55</sup>Proc. C-448/01.

<sup>56</sup>Proc. 513/99, para. 64 p. I 7277.

concorrência. Por outro lado, e como assinala MARIA JOÃO ESTORNINHO<sup>57</sup>, “o carácter inovador deste acórdão *Concordia* reside na defesa da compatibilidade entre a introdução de exigências ambientais em termos de critério de adjudicação e o referido princípio da não discriminação”. No que respeita ao Acórdão *Wienstrom*, podemos dizer que ele se assumiu como um *braço-longo* do que foi consagrado no primeiro: “*the CJEU extended its jurisprudence in Concordia Bus [...] The Court held that EU public procurement law does not preclude a contracting authority from applying, in the context of a contract for the supply of electricity, an award criterion with a weighting of 45% in favour of electricity produced from renewable energy sources*”<sup>58</sup>.

Esta visão encetada pela jurisprudência *Concordia/ Wienstrom* encontrou (formal) eco nas Diretivas de 2004, o que, de certo modo, nos indica que este conjunto de Diretivas, apesar de *amigas* das políticas ambientais e sociais, esteve, também, consciente de que a sua implementação “envolv[ia] riscos acrescidos de eventuais discriminações, pelo que vários condicionalismos e limites”<sup>59</sup> foram previstos. O considerando 1 da Diretiva 2004/18 reflete, precisamente, esta sinergia entre a jurisprudência em estudo e a normatividade constante do diploma. A Diretiva tentou reunir esforços no sentido de conferir às EA um conjunto de instrumentos capazes de as auxiliar no caminho para a proteção do ambiente e da *socialidade*, sem esquecer que as mesmas devem sempre procurar obter, nas suas compras, “a melhor relação qualidade/preço” – considerando 5. A matéria ambiental foi, de facto, a vertente mais privilegiada, bastando-nos percorrer a Diretiva para, rapidamente, nos consciencializarmos da (maior) relevância numérica das referências ao “ambiente”. Relevante neste campo é o artigo 53º onde se introduz a possibilidade de se atenderem a critérios ambientais no âmbito da PEMV, mas sem nunca se esquecer a necessidade de, neste caso, “a Entidade Adjudicante [especificar], [...] a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa”. Socialmente, a Diretiva revelou-se particularmente parcimoniosa. Se é certo que os considerandos conferem algum alento quanto ao que esperar da concreta regulamentação, a verdade é que encontramos referências modestas nas especificações técnicas e condições de execução de contrato.

---

<sup>57</sup>Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável, 2014, p. 427.

<sup>58</sup><http://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-2-horizontal-objectives-in-public-procurement.pdf>, consultado em 20 de março de 2016, p. 11.

<sup>59</sup>Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável, 2014, p. 428.

Mais pertinente parece-nos a possibilidade de reserva de contratos, consagrada no artigo 19º. DIOGO DUARTE CAMPOS relembra-nos que, na base desta opção legislativa poderá estar o receio da Comissão “ter em conta considerações desligadas do objecto do contrato [...] desnatura[ando] a Diretiva «Contratos Públicos», cujo objecto é garantir igualdade de acesso aos contratos públicos e despesa pública «sã», para a transformar num instrumento exclusivamente ao serviço de outras políticas”<sup>60;61;62</sup>.

Chegados ao fim, sentimos estar a meio caminho da *longa-metragem* ambiental e social. Sabemos que, em parte, que esse sentimento (de *curta-metragem*) se deve ao constante acompanhamento das preocupações concorrenciais. Com efeito, o Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE<sup>63</sup> deu ênfase, desde logo, ao aumento da “eficiência da despesa pública” e à vitalidade da “maior concorrência possível”<sup>64</sup>.

### **3. A DIRETIVA DE 2014/24, UM SALTO QUALITATIVO? – ALGUNS REFLEXOS DAS CONSIDERAÇÕES AMBIENTAIS E SOCIAIS**

Até agora, o papel das Diretivas de contratação pública tinha sido o de fixar as regras que orientassem as EA em *como comprar*. Desta feita, com a nova Diretiva, este paradigma parece querer alterar-se, orientando-se as entidades sobre *o que comprar*<sup>65</sup> – compras *tingidas* de considerações ambientais e sociais.

Todavia, antes de iniciarmos este trajeto, cabe-nos fazer uma pequena advertência. Por questões ligadas à racionalidade de espaço, optámos por abordar conjuntamente as considerações ambientais e sociais previstas na Diretiva, não lhes dedicando um capítulo autónomo. Tal não nos desresponsabiliza, contudo, de colocar em evidência as diferentes dificuldades de implementação de umas considerações e de outras, o que se faz sentir também nesta Diretiva de 2014. Com efeito, seguimos, a esta parte, algumas das considerações tecidas por ROBERTO CARANTA<sup>66</sup>, que faz uma resenha dos problemas que poderão explicar a ainda frágil integração dos aspetos sociais no âmbito da contratação

---

<sup>60</sup>COM (2003) 503 final *apud* Campos, 2011, p. 168.

<sup>61</sup>Peter Trepte, refere que as “*contracting authorities remain, as before, restrained by the fundamental principles of the Treaty*”. Trepte, 2007, p. 87.

<sup>62</sup>No que concerne à tensão entre a concorrência e a existência de considerações ambientais e sociais nestas Diretivas, cf. Arnould, 2004, p. 188. “*It is doubtful that the adoption of the new Directives has brought this debate to an end*”.

<sup>63</sup>COM (2011) 15 final.

<sup>64</sup>*Ibidem*, p. 4.

<sup>65</sup>O que daria azo a uma outra (interessante) discussão, relacionada com a autonomia dos Estados-Membros. Sobre este assunto, cf. Sue Arrowsmith, 2009, pp. 15-20.

<sup>66</sup>Caranta, 2015, pp. 399-403.

pública<sup>67</sup>. Em primeiro lugar, assinala-se que os Acórdãos que, ao longo do tempo, se debruçaram sobre esta matéria não explicaram com a devida clareza em que medida é que este tipo de preocupações poderiam ser integradas no espaço da contratação pública, pela existência de um receio de que estas políticas pudessem fomentar, com maior intensidade, políticas discriminatórias em razão da nacionalidade. Somos da opinião de que este receio se poderá relacionar com facto de os critérios sociais, pelo menos no que se refere ao plano dos critérios de adjudicação, parecerem conectar-se mais facilmente com o comportamento do operador económico do que com o objeto do contrato. Esta destrição é muito difícil de se fazer, pois que a linha entre os dois casos assume-se muito ténue. Por último, o artigo 9º do TFUE, pela redação que contém, parece revelar-se mais “fraco”, do que o artigo 11º, fazendo este último uma referência explícita à integração das exigências em matéria de proteção do ambiente na definição e execução das políticas e ações da União. Por seu turno, o artigo 9º, apenas indica que a UE, na definição das suas políticas e ações deve “ter em conta” (sublinhado nosso) “as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana”. Estas são algumas das razões que estarão na base de uma evolução mais modesta dos aspetos sociais no âmbito da presente Diretiva.

A presente Diretiva comporta uma verdadeira “abordagem de capacitação”<sup>68</sup>, fornecendo-se às EA as necessárias armas à implementação do novo programa político e ideológico, no (fértil) terreno europeu. Verifica-se que, em muitos casos, as disposições normativas que compõem a Diretiva 2014/24 introduzem uma evolução significativa no que toca à inclusão de considerações ambientais e sociais.

**3.1.** A primeira e mais significativa mudança – na medida em que serve como contexto e paisagem<sup>69</sup> de algumas das alterações que lhe seguem<sup>70</sup> – é a inclusão de considerações ambientais e sociais no artigo referente aos **princípios da contratação**. O número 2 do artigo 18º da Diretiva 2014/24 impõe que os “Estados-Membros tomem as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social

---

<sup>67</sup>Sobre a evolução das considerações sociais na UE, cf. McCrudden, 2007, pp. 301-469.

<sup>68</sup>Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável, 2014, p.118.

<sup>69</sup>Expressão aqui usada em sentido metafórico, embora a constante referência a considerações ambientais pudesse conduzir a uma interpretação literal...

<sup>70</sup>Wiesbrock, Socially responsible public procurement, European value or national choice?, 2015, p. 79.

e laboral estabelecidas pelo direito da União [...]” (sublinhado nosso)<sup>71</sup>. Esta norma assume-se como curial reflexo do considerando 37. Tal configuração traduz-se num progresso relativamente ao artigo 2º da Diretiva 2004/18, tendo em conta que não se registava nenhuma referência a estas considerações, limitando-se o legislador a mencionar que as “Entidades Adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente”. Apesar de, atualmente, o legislador não ter optado por erigir o respeito pelas disposições ambientais e sociais, à forma de um verdadeiro princípio, a realidade é que optou por incluir tais considerações no espaço designado para o elenco dos princípios que devem assistir à contratação, o que, por si só, significa que a presente Diretiva pretende reforçar a implementação das PH – de índole ambiental e social – no âmbito do espaço europeu. Assim, o respeito pelos princípios da “igualdade de tratamento”, da “não-discriminação”, da transparência e da proporcionalidade terão de se conjugar com a imposição do respeito pelas obrigações ambientais, sociais e laborais, tal como estabelecido no n.º 2 do artigo 18º. Facto especialmente importante é o de esta imposição se afigurar como juridicamente vinculativa para os Estados-Membros<sup>72</sup>. É, portanto, nosso entendimento, que este artigo se afigura como *tiro de saída* para a corrida ambiental e social na qual a Diretiva se empenha ao tentar alcançar a verdadeira *meta*- a de fazer *cair*, de uma vez, a utilização do termo (políticas) *secundárias*<sup>73</sup>.

**3.2.** Um dos poderosos instrumentos no fomento da sustentabilidade no âmbito da contratação pública encontra-se previsto na disposição relativa aos **critérios de adjudicação**, artigo 67º, uma vez que este é o “domínio mais adequado ou menos problemático para contemplar aspetos ambientais”<sup>74</sup>. Aí estabelece-se que a adjudicação dos contratos públicos deve ser feita com base no critério da PEMV. Pela estrutura do artigo podemos inferir, com alguma segurança, que o legislador europeu preferiu a utilização do critério da PEMV, à utilização (exclusiva) do critério do preço<sup>75</sup>, o que se

---

<sup>71</sup>Relacione-se esta norma com disposição contida no artigo 56º, n.º 1, que estabelece uma verdadeira exceção de adjudicação dos contratos no caso de se verificar um incumprimento destas obrigações.

<sup>72</sup>Anja Wiesbrock realça o facto de esta obrigação vincular os Estados-Membros e não as EA, explicando que tal se poderá dever ao facto do legislador ter querido atenuar o “fardo” que poderia recair sobre estas entidades. Cf. Wiesbrock, Socially responsible public procurement, European value or national choice?, 2015, p. 80.

<sup>73</sup>Assim, Dragos & Neamtu, 2016, p. 115. “With the adoption of the new 2014 Directives, the sustainability paradigm is almost taking over the realm of public procurement”.

<sup>74</sup>Carvalho, 2015, p. 896.

<sup>75</sup>Numa primeira análise, poder-se-ia concluir que o preço tinha deixado de ser uma opção no âmbito da adjudicação de contratos, mas, verdadeiramente, “all that has been done was to expand the scope of the ‘most economically advantageous tender’ to include the award of contracts on price or cost only [...] while

denota, antes de mais, pela referência exclusiva à PEMV no número 1, do artigo 67º. A este argumento acrescenta-se um outro, reforçador do conteúdo do primeiro: permite-se, agora, que os Estados-Membros prevejam que as EA não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou, então, que restrinjam essa utilização exclusiva a determinadas categorias de EA ou a determinados tipos de contratos<sup>76</sup>. Uma leitura *intertextual* destas partes do mesmo artigo permite, assim, concluir que o legislador europeu quis o *contágio* da utilização da PEMV aos Estados-Membros. Tal afigura-se como um salto qualitativo em relação à Diretiva 2004/18<sup>77</sup>, na medida em que esta última estabelecia, em termos paritários, no artigo 53º, que as EA se deviam basear nos critérios da PEMV ou do preço mais baixo. E neste âmbito, o avanço legislativo não se fica por aqui, uma vez que a nova definição<sup>78</sup> da PEMV é “claramente mais sensível à temática do ambiente”, integrando o “(i) conceito de custo na avaliação do critério do preço, (ii) a abordagem na perspetiva do ciclo de vida, (iii) e a relação qualidade/preço”<sup>79</sup>.

Contudo, este avanço poderá revelar-se mais aparente do que efetivo. Na verdade, a presente redação espelha um compromisso entre duas instituições com visões distintas sobre a configuração a dar-se aos critérios de adjudicação: por um lado, a Comissão pretendia manter a dualidade PEMV/preço mais baixo; por outro lado, o Parlamento pretendia erigir a PEMV a critério único de adjudicação. À primeira vista, poder-se-ia pensar que a posição do Parlamento teria sido aquela a encontrar conforto na Diretiva; contudo, um olhar mais atento, permite verificar que se tentou uma reconciliação das posições: o fator preço está presente, desta feita, incluído no espaço da PEMV. Na verdade, o recurso ao fator do preço assume-se como obrigatório – “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo” – enquanto que a relação qualidade/preço assume-se como facultativa – “pode incluir a melhor relação qualidade/preço”

---

*it is not allowed to exclude cost from the award decision altogether, there is no similar restriction on excluding quality considerations*”. Cf. Dragos & Neamtu, 2016, p. 129.

<sup>76</sup>Cf. artigo 67º, n.º 2, 3º para.

<sup>77</sup>Recorde-se que, no âmbito da Diretiva 2004/18, era já pacífico que o critério de adjudicação, na vertente da PEMV, podia abranger considerações ambientais, fazendo-se referência expressa a “características ambientais” no texto do artigo 53º. À altura, era também pacífico, por força das considerações jurisprudenciais vertidas no Acórdão *Concordia Bus* de que a introdução desse tipo de dimensões tinham de se conciliar com requisitos concorrenciais. A Diretiva 2014/24 é inovadora neste aspeto, na medida em que confere estatuto legislativo às considerações do TJUE, o que, sem surpresas, revela o papel fundamental desta instituição no âmbito da evolução das matérias europeias.

<sup>78</sup>Cf. artigo 67, n.º 2.

<sup>79</sup>Carvalho, 2015, p. 901.

(sublinhado nosso)<sup>80;81</sup>. O que acontece é que, agora, o fator preço (operante no espaço da PEMV) é um conceito multivalente, na medida em que utiliza uma “abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida”. Ainda assim, e apesar da decepção que advém de uma leitura mais atenta, constata-se que o legislador quis dar ênfase ao papel da PEMV, como critério veiculador de considerações ambientais e sociais.

Acresce que, no que se refere à densificação do conceito da PEMV, as características ambientais são mencionadas duplamente, pelo recurso à exemplificação<sup>82</sup>. No que toca aos aspetos sociais parece-nos que a formulação introduzida assume um peso maior, na medida em que na Diretiva de 2004/18 não existia qualquer referência aos aspetos sociais, como critério *densificador* da PEMV, o que já não sucede na atual Diretiva – tal só pode significar uma sensibilidade diferente do legislador europeu no que respeita à funcionalização da contratação pública a considerações sociais. Esta conclusão torna-se irremediável quando nos confrontamos com o considerando 99, no qual se declara que as considerações sociais<sup>83</sup> “poderão igualmente ser objeto dos critérios de adjudicação [...] desde que correspondam às obras, produtos, ou serviços a fornecer no âmbito do contrato”.

**3.3.** É logo no artigo 67º da Diretiva, relativo aos critérios de adjudicação, que se faz referência aquela que é considerada a maior novidade<sup>84</sup> no que toca às PH ambientais no âmbito da contratação pública europeia: permite-se, expressamente, que as EA recorram à **fórmula CCV**<sup>85</sup>. Esta fórmula revela, para nós, o verdadeiro esforço da Comissão em promover o desenvolvimento de uma contratação pública sustentável.

O artigo 68º adota um tratamento autónomo e pormenorizado deste critério. Nas palavras de GIMENO FELIU, o ciclo de vida abarca todas as etapas da existência de um produto, obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição de matérias-primas ou da geração

---

<sup>80</sup>Seguimos, a esta parte, Faustino, 2014, p. 125.

<sup>81</sup>Anja Wiesbrock assaca esta opção: o “critério de adjudicação qualitativo” encontra-se no âmbito da discricionariedade da EA. Tal poderá constituir um problema, na medida em que a veiculação das PH poderá ficar comprometida, se se decidir pela não utilização do “critério de adjudicação qualitativo”. Cf. Wiesbrock, *Socially responsible public procurement, European value or national choice?*, 2015, p. 86.

<sup>82</sup>Cf. artigo 67º, n.º2, alínea a).

<sup>83</sup>V.g. “proteção da saúde do pessoal”, “fomento da inserção social”, “formação para adquirir as competências necessárias”.

<sup>84</sup>Cf. Dragos & Neamtu, 2014, p. 323 e Caranta, 2015, p. 397.

<sup>85</sup>Note-se que a fórmula do CCV era já uma possibilidade no âmbito da velha geração de Diretivas de contratação pública, o que se verifica pela inclusão desta fórmula na Diretiva “Veículos Limpos” (Diretiva 2009/33/CE). Cf. Dragos & Neamtu, 2016, p. 117.

de recursos até à sua eliminação, desmantelamento ou finalização”<sup>86</sup>. Em síntese, o CCV permite avaliar os efeitos ambientais que um determinado produto poderá produzir durante todo o seu período de vida, com o claro objetivo de promover a eficiência no uso dos (escassos) recursos de que (ainda) dispomos.

No âmbito deste instrumento não se terão apenas em conta os gastos monetários diretos com a aquisição, consumo de energia e outros recursos, manutenção ou recolha e reciclagem [cf. artigo 68º, n.º1, alínea a), subalíneas i),ii),iii) e iv)]. De facto, o artigo 68º, n.º1, alínea b), estabelece que também as externalidades ambientais<sup>87</sup> deverão ser tidas em conta para o cálculo dos custos do ciclo de vida, desde que, por um lado, estas externalidades se encontrem ligadas ao produto, serviço ou obra e, por outro lado, que seja possível “determinar e confirmar o seu valor monetário”. É, precisamente, neste parâmetro do CCV – as externalidades ambientais – que se faz sentir com particular acuidade a necessidade imposta pelo legislador europeu de se pensar “*outside the price box*”<sup>88</sup>, alterando-se o paradigma de que a contratação se deve apenas confinar a avaliações monetárias imediatas, permitindo-se, expressamente, a avaliação dos custos ambientais durante o ciclo de vida do produto, obra ou serviço, por recurso ao fator do preço<sup>89</sup>, atentando-se a uma perspetiva de análise “*nascimento-morte*”.

Neste quadro, levanta-se a questão de saber qual a metodologia a utilizar pela EA no sentido de determinar os custos do ciclo de vida.

Infere-se do artigo 68º, n.º 2 da Diretiva 2014/24 que o legislador europeu deixou a estas entidades o poder de adotar a metodologia necessária aos cálculos do CCV. Apesar da clareza da redação deste artigo, a verdade é que a conclusão aduzida não se encerra na certeza que aparenta, na medida em que, no mesmo artigo, se abrem momentos de imposição de requisitos<sup>90</sup> e de estabelecimento de exceções.

Com efeito, no caso da UE adotar um ato jurídico que obrigue à utilização de uma metodologia comum para os cálculos dos custos do ciclo de vida, as autoridades nacionais

---

<sup>86</sup>Gimeno Feliu, 2015, p. 25.

<sup>87</sup>“*Environmental externalities refer to an economic concept of uncompensated environmental effects of production and consumption that affect consumer utility and enterprise cost outside the market mechanism*”. Dragos & Neamtu, 2014, p. 326.

<sup>88</sup>Dragos & Neamtu, 2013, p. 19.

<sup>89</sup>Note-se que falar em fator preço é diferente de falar em critério do preço mais baixo. O primeiro, incluído no âmbito da PEMV permite uma abordagem custo-eficácia, relacionada com os custos de ciclo de vida. O segundo reduz-se à visão juridicamente asséptica, que já lhe conhecemos.

<sup>90</sup>Cujo estudo se fará no capítulo seguinte.



estarão vinculadas à sua implementação. Os atos normativos da União que veiculam estas metodologias comuns encontram-se listadas no Anexo XIII da Diretiva; contudo, revela-se infrutífera a utilização do plural neste âmbito, na medida em que, até aos dias de hoje, essa Lista é composta, apenas, por um ato jurídico: a Diretiva 2009/33/CE. Assim, a CE tem o poder de adotar metodologias comuns a nível europeu, excepcionando-se o poder (/fardo?) atribuído à EA no sentido de adotar a metodologia que entender conveniente, no que toca à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes, bem como no que toca a todas as eventuais matérias sobre as quais a Comissão decida adotar uma metodologia comum para cálculo dos custos do ciclo de vida<sup>91</sup>. Note-se que, nos casos em que se elabore uma metodologia comum no âmbito do espaço europeu, no que respeita ao cálculo dos custos do ciclo de vida, as autoridades nacionais encontram-se vinculadas à sua utilização<sup>92;93</sup>.

Questão pertinente é a de saber se esta solução será a mais profícua.

Por um lado, a adoção de uma metodologia pré-definida incentiva as EA à veiculação de uma contratação pública ancorada em aspetos ambientais e sociais; e, depois, parece uniformizar a utilização do CCV no âmbito do espaço europeu, combatendo-se, portanto, a *fragmentariedade* na aplicação das metodologias e aumentando a segurança jurídica e a credibilidade deste instrumento<sup>94</sup>, junto das respetivas autoridades e dos proponentes – as EA estarão na posse dos instrumentos necessários para ultrapassar, com maior facilidade, as suas dúvidas nesta matéria<sup>95</sup>; os proponentes saberão, com mais certeza, o que esperar da avaliação da EA que terá, necessariamente, de se conformar com os padrões legislativos impostos. A definição prévia de uma metodologia comum de âmbito europeu, ao revestir o procedimento de maior objetividade e transparência, e ao fomentar a igualdade e a não discriminação entre os concorrentes, protegerá, em última instância, a concorrência efetiva. Mas, se é verdade que esta escolha poderá trazer consigo o potencial de defesa concorrencial, não deixa de ser menos verdade que poderá triunfar, cumulativamente, na área da prossecução das PH de carácter ambiental. Tal significa que a típica (?) tensão existente entre a defesa da concorrência e a implementação das PH, não se verifica neste momento, caso se preencha o pressuposto, neste último caso, de

---

<sup>91</sup>Cf. artigo 68º, n.º 3, 2º para.

<sup>92</sup>Gimeno Feliu, 2015, p. 26.

<sup>93</sup>Cf. artigo 68º, n.º 3, 1º para. e considerando 96 da Diretiva 2014/24.

<sup>94</sup>Seiple, 2012, p. 17.

<sup>95</sup>Explica-se, então, desta forma, a utilização do termo “fardo” acima mencionado aquando da referência à competência da EA para adoção da metodologia para cálculo dos custos de ciclo de vida.

adoção de uma metodologia que tenha ciente as necessidades ambientais efetivas e que seja elaborada por entidades com a experiência e os conhecimentos técnicos necessários ao desenvolvimento de uma metodologia que possa servir de base ao cálculo dos custos do ciclo de vida, tarefa que, como bem se sabe, se assume intrincada.

Por outro lado, a verdade é que as EA têm sempre mais conhecimento de causa nos concretos contratos públicos que pretendam adjudicar – conhecem as necessidades e as específicas características da população que pretendem satisfazer, facto relevantíssimo e que não deve ser menosprezado. Com efeito, casos haverá, até, em que os contratos a adjudicar se revelem tão específicos, que possam não ser harmonizáveis com a metodologia comum: haverá, então, uma necessidade de adaptação do procedimento a cada necessidade, de cada EA.

Assim, parece-nos que esta escolha deve ser pautada por uma ponderação casuisticamente cuidada, o que sempre dependerá de um diálogo intensivo com as autoridades de contratação pública dos diversos Estados-Membros.

Outro aspeto a colocar em evidência quanto ao CCV prende-se com o facto da presente Diretiva ter deixado de fora as considerações sociais nesta matéria, o que, em nossa opinião, contribui para um enfraquecer do potencial do CCV e um claro sinal de que a UE se encontra mais recetiva à integração das considerações ambientais no âmbito da contratação pública europeia. De facto, pela leitura do artigo 68.º, n.º 2, conclui-se que o legislador decidiu fazer apenas referência às externalidades “ambientais”, o que desincentivará, em larga medida, as EA à utilização deste instrumento numa ótica social. Esta desconsideração encontrará, com certeza, fundamento em duas ordens de razão: a montante, coloca-se a questão ligada à dificuldade em estimar os custos imputados a externalidades sociais<sup>96,97</sup>; a jusante, a questão de perceber se existe, efetivamente, no caso concreto, uma ligação ao objeto do contrato. Esta opção do legislador europeu é ainda mais criticável – pela incoerência que se lhe adivinha – se atentarmos ao que é declarado no considerando 96 da Diretiva: “deverá ser estudada a viabilidade de criar uma

---

<sup>96</sup>Dificuldade evidente quando pensamos, por exemplo, em determinar, monetariamente, as vantagens das políticas de diminuição do desemprego ou de fomento da igualdade racial.

<sup>97</sup>Dragos & Neamtu, 2013, p. 25. Como solução exemplificativa para estes problemas, os Autores aventam a possibilidade do ciclo de vida de um produto ser dividido em unidades de trabalho (horas) para calcular o rendimento por unidade.

metodologia comum para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida”. Ao legislador, descortina-se-lhe um desígnio sem consubstanciação<sup>98</sup>.

É inegável que a implementação da fórmula CCV se debate com um sem número de obstáculos. Podemos identificar, logo à cabeça, o facto de todos os países pertencentes à UE se encontrarem em tempos de crise financeira – crise que os *submergiu* noutras crises (v.g. social, ideológica, política, ambiental), tal qual efeito dominó. Isto indica que existe alguma resistência à implementação de políticas que signifiquem pagar mais no início – as bendições do CCV fazem-se notar a longo prazo... –, o que exigirá uma paciência contabilística muitas vezes não conciliáveis com os resultados eleitoralistas que as cores de bandeira política expectam atingir. Outros escolhos se atravessam no trilho da exequibilidade do CCV, como a complexidade em avaliar e determinar os custos ambientais (e sociais?), ou a problemática elaboração de metodologias comuns ao espaço europeu que se revelem, para além de claras, tecnicamente fidedignas, ou a falta de conhecimentos das EA para a elaboração de metodologias, quando a elas lhe caba essa competência.

Parece-nos, então, que o sucesso da implementação do CCV passará, em grande parte, pela definição de metodologias claras e por uma mudança de paradigma no que respeita àquilo a que os Governos se dispuserem a “adiantar” monetariamente<sup>99</sup> – é de um autêntico adiantamento que se trata, na medida em que estamos perante um empréstimo com proveitos futuros.

**3.4.** Outro poderoso instrumento no âmbito da contratação pública sustentável é a exigência de **rótulos específicos**, consagrada no artigo 43º. As novas regras introduzidas foram “reorganizadas” e “parcialmente alteradas”<sup>100</sup>. Note-se que o avanço mais significativo nesta matéria traduziu-se na opção do legislador europeu em disciplinar esta matéria autonomamente, rompendo com a opção estrutural da Diretiva de 2004, onde se incluía a matéria dos rótulos no arcaboço das especificações técnicas. Atualmente, com esta opção estrutural, logrou-se permitir que a exigência de rótulos – derivada, note-se, das específicas características do ponto de vista ambiental, social, ou outro – opere em

---

<sup>98</sup>Os considerandos das Diretivas assumem uma função de contexto e de auxílio à interpretação das respetivas disposições normativas. Questão pertinente é a de saber se o considerando 96 poderá legitimar uma interpretação extensiva do artigo em análise, assumindo-se que os custos a imputar às externalidades não se devem referir apenas às ambientais, como também às sociais.

<sup>99</sup>O que, como se sabe, se revelaria de difícil justificação aos contribuintes...

<sup>100</sup>Caranta, Labels as enablers of sustainable public procurement, 2016, p. 108.

outros momentos, para além de nas especificações técnicas<sup>101</sup>: nos critérios de adjudicação e nas condições de execução dos contratos, reforçando-se, assim, a introdução de considerações sociais e ambientais no espectro da contratação pública. Com efeito, parabenizamos esta opção e realçamos que este avanço se deve, grandemente, às questões levantadas pela utilização do rótulo social. De facto, tinha-se já reconhecido, jurisprudencialmente, que os aspetos sociais se conciliam de forma mais adequada com a sua integração no momento das condições de execução do contrato. O Tribunal considerou, no caso *Max Havelaar*<sup>102</sup>, que requisitos impostos pelo rótulo social se enquadravam no âmbito das condições de execução do contrato e não no âmbito das especificações técnicas<sup>103</sup>. Esta decisão (baseada – note-se – em preocupações sociais) explica, em parte, a opção do legislador europeu em permitir a exigência de rótulos específicos em vários momentos do procedimento da contratação pública.

A segunda inovação no que concerne a esta matéria prende-se com o facto de as EA terem, agora, o poder de exigirem rótulos específicos, definindo as características que entenderem convenientes, o que difere do postulado jurisprudencialmente no caso *Max Havelaar* – as EA não podiam referir-se a rótulos específicos no momento de escolher o operador económico com a PEMV<sup>104;105</sup>. Este é, sem dúvida, um dos aspetos que contribuiu para a atual e crescente facilidade com que as entidades poderão ter em conta as considerações ambientais e sociais no âmbito do procedimento contratual<sup>106</sup>.

**3.5. Segundo DRAGOS E NEAMTU**<sup>107</sup>, as **especificações técnicas** são o momento da contratação pública preferível à implementação das considerações sociais e ambientais. Como se sabe, as especificações técnicas “levam a cabo a concretização do objeto do contrato”<sup>108</sup> e servem, é certo, para facilitar a concretização dos aspetos sociais e ambientais, que não se compadecem com “enunciações vagas e difíceis de alcançar em termos técnicos”<sup>109</sup>. De facto, o legislador europeu vem declarar no considerando 74 que “as especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir [para

---

<sup>101</sup>*Idem, Ibidem*, p. 108.

<sup>102</sup>Acórdão Comissão Europeia contra Reino dos Países Baixos, Proc. C-368/10.

<sup>103</sup>Caranta, *Labels as enablers of sustainable public procurement*, 2016, p. 108.

<sup>104</sup>Encontram-se, contudo, adstritas a um conjunto de limitações que evidenciaremos no próximo capítulo.

<sup>105</sup>O Tribunal considerava que as EA tinham apenas possibilidade de se referirem às características de um rótulo ecológico, ao contrário da Advogada Geral Kokott que defendia que a (simples) referência a um rótulo ecológico cumpria, por si só, com os requisitos de transparência.

<sup>106</sup>Ver, neste sentido, Caranta, *Labels as enablers of sustainable public procurement*, 2016, pp. 111,112.

<sup>107</sup>Dragos & Neamtu, 2014, p. 316.

<sup>108</sup>Carvalho, 2015, p. 894.

<sup>109</sup>*Idem, Ibidem*, p. 894.

além da] abertura dos contratos públicos à concorrência, a consecução dos objetivos de sustentabilidade”. Note-se que, para além de se reconhecer, já neste momento antecipado – nos considerandos – a importância das especificações técnicas no enraizamento das dimensões ambientais e sociais na contratação, o legislador vai mais longe, afirmando que se deverá possibilitar “a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços”.

Como resulta do artigo 42º, as especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos; contudo, atualmente, estas características podem não se quedar pela relação com a obra/serviço/fornecimento consideradas *finalistacamente*, isto é, no seu momento *acabado* e último, atribuindo-se a possibilidade destas características incluírem “uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais valores não façam parte da sua substância material”. Como se vê, está latente, também aqui, uma perspetiva *nascimento-morte* na forma como se olha para as obras, serviços ou fornecimentos, tomando-se consciência que o desenvolvimento ambiental e social por meio da contratação pública não logrará atingir o sucesso que se pretende caso não se implementem estas considerações em todos os momentos de vida das obras, serviços ou fornecimentos: continuar a considerá-los no seu momento final, seria barrar a possibilidade das EA influenciarem, de forma ambiental e socialmente decisiva, os processos e métodos de produção, que, arriscamos afirmar, constituem o momento em que os problemas ambientais e sociais se impõem com maior acuidade.

Antigamente, e segundo NUNO CUNHA RODRIGUES a Comissão estava “agarrada a um compromisso ideológico” que proíba “a inclusão nas especificações técnicas de aspectos ambientais relacionados com os métodos e processos de produção bem como com externalidades”<sup>110</sup>. Tal, em última análise, *amortecia*, sobremaneira, os efeitos que as especificações técnicas poderiam assumir na implementação destas PH.

De particular importância, pela dificuldade que a sua concretização comporta, é o princípio da proporcionalidade, consagrado no mesmo artigo: “Estas características

---

<sup>110</sup>Kunzlik, 2005, p. 134 *apud* Rodrigues, 2013, p. 269.

podem também incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução [...] ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida [...] desde que [...] sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos”. Cabe-nos assinalar algumas reservas quanto à viabilidade do funcionamento deste princípio, desde logo, porque o legislador europeu não indicou quais os específicos parâmetros a avaliar nestas situações e, depois, pela referência algo vaga e *atabalhoad*a aos conceitos de “valor” e “objetivos”, conceitos, parecem-nos, demasiado subjetivos, especialmente no que toca ao conceito de “valor”. Arriscamo-nos afirmar que o TJUE poderá vir a assumir um papel decisivo nesta matéria, clarificando quando é que a exigência de uma característica ambiental/social de um processo de produção se afigura “proporcional” e, por isso, admissível. Certo é que a dubiedade à volta do mesmo poderá desincentivar as EA a introduzirem este tipo de exigências no âmbito das especificações técnicas.

Por último, realçamos o facto de se terem revigorado as disposições relativas às características sociais, no que se refere, nomeadamente aos “critérios de acessibilidade para pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores”.

**3.6.** Outro salto qualitativo é dado no âmbito da **contratação reservada**, à qual o artigo 20º da Diretiva 2014/24 se dedica. Esta medida vem concretizar a preocupação demonstrada pelo legislador no considerando 36 quando, ao admitir a importância do emprego e do trabalho na “inserção na sociedade” e na “garantia da igualdade de oportunidades para todos”, reconhece que determinadas “empresas sociais” podem “não estar aptas a obter contratos em condições de concorrência normais”. Subjacente a esta ideia está um movimento oscilatório de pêndulo – *considerações sociais vs. concorrência* – no qual, claramente, o pêndulo oscila no sentido social. A disposição afigura-se como um “salto qualitativo” no que concerne ao reforço de PH na contratação pública, na medida em que, em comparação com o artigo 19º da Diretiva 2004/18 os requisitos foram “*significantly relaxed*”<sup>111</sup>: o antigo artigo 19º fazia depender a reserva da contratação àqueles casos em que “a maioria dos trabalhadores [mais de 50%]” em causa fosse “constituída por deficientes que, por força da natureza ou gravidade das suas deficiências” não pudessem “exercer uma actividade profissional em condições normais”. Atualmente, o requisito percentual desce para os 30% - “desde que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com

---

<sup>111</sup>Caranta, *The Changes To The Public Contract Directives And The Story They Tell About How EU Law Works*, 2015, p. 400.

deficiência ou desfavorecidos” - permitindo-se que mais “empresas sociais” possam “cair” no âmbito desta exceção ao funcionamento normal do princípio da concorrência no espaço da contratação pública europeia.

**3.7.** Por último, e no que se refere às **condições de execução do contrato**, o artigo 70º da Diretiva 2014 estabelece que “Essas condições [as condições especiais de execução de um contrato] podem incluir considerações de natureza económica, em matéria de inovação, de natureza ambiental, de ordem social ou de emprego”. Apesar de na Diretiva de 2004 (artigo 26º) se fazer já referência às considerações ambientais e sociais, esta redação introduz duas novidades importantes: por um lado, acrescenta a referência específica à importância do “emprego” e da “inovação” e, por outro lado, declara, expressamente, a necessidade de as condições impostas estarem relacionadas com o objeto do contrato o que, como mais à frente veremos, revelará no âmbito das preocupações concorrenciais. Note-se, contudo, que a integração de considerações ambientais e sociais neste específico momento comporta uma (óbvia) fragilidade: “*the tenderers promise to perform certain tasks by way of a simple declaratory statement, so there is no effective way of insuring that the actual implications are assessed properly*”<sup>112</sup>. Tal fragilidade poderá ser combatida através de um (atento) acompanhamento na forma como o contrato será executado.

A nova Diretiva 2014/24 comportou um conjunto significativo e qualitativo de avanços ambientais e sociais; o conteúdo das disposições estudadas foi claramente aprimorado, (re)orientado e *permeabilizado* no sentido de possibilitar que as EA se munissem dos instrumentos necessários à compra sustentável. Este facto leva-nos a crer que hoje se afigura indefensável a consideração das políticas ambientais e sociais como meramente secundárias. Ainda assim, reconhecemos-lhe algumas debilidades nesta matéria, das quais é exemplo o diferente tratamento dado às políticas ambientais e às políticas sociais, com claro prejuízo para estas últimas. Ainda há rios por atravessar e arestas por limar, mas o (bom) caminho está traçado.

#### **4. AS PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS EM FACE DA EVOLUÇÃO DAS CONSIDERAÇÕES AMBIENTAIS E SOCIAIS NO ESPAÇO EUROPEU – A DIRETIVA 2014/24**

A cercar os significativos avanços ambientais e sociais consagrados na Diretiva 2014/24, está um conjunto de limites estabelecidos pelo legislador europeu e que servem propósitos

---

<sup>112</sup>Dragos & Neamtu, 2014, p. 323.

concorrenciais. Esses limites, funcionalizados à garantia de uma efetiva concorrência e manutenção do mercado interno, encontram forma, muitas das vezes, pela veiculação de um conjunto de outros princípios: a igualdade de tratamento, a não discriminação, a transparência, a publicidade e a proporcionalidade. Também nesta sede se vislumbra, então, uma *caleidoscopia* na densificação do conceito de concorrência efetiva. Vejamos:

**4.1.** A fazer frente ao artigo 18º, n.º 2, encontra-se o n.º 1, do mesmo artigo, que, para além de fazer referência explícita aos essenciais princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, da transparência e da proporcionalidade, declara que “os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”. Consagra-se, portanto, um autêntico **princípio da concorrência**, que tinha já tradição assente na geração de Diretivas anteriores e na jurisprudência do TJUE, pelo que a sua consagração atual não representa nenhuma surpresa. Neste âmbito assumiram-se, também, como juridicamente relevantes as conclusões da Advogada-Geral Christine Stix-Hackl, no âmbito do Acórdão *Sintesi*<sup>113</sup>, em que enunciou uma *tri-importância* do funcionamento do princípio da concorrência<sup>114</sup>. A relação entre este princípio da concorrência e a implementação de considerações ambientais e sociais na contratação pública deverá, então, pautar-se pelo funcionamento da dimensão negativa da concorrência; isto é, este princípio, na sua vertente negativa, impõe que (todas) as regras da contratação pública sejam criadas e implementadas com o último e primordial objetivo de não criar distorções na concorrência<sup>115</sup>. Isto significa que também as disposições destinadas à implementação das políticas ambientais e sociais devem encontrar o seu horizonte na não distorção da concorrência. Para que a contratação pública possa acomodar a *ambientalidade* e a *socialidade*, ALBERT SANCHEZ GRAELLS propõe uma solução ramificada em duas vertentes, afirmando que o princípio da concorrência impõe, por um lado, que as políticas sejam objetivamente justificáveis, isto é, ligadas, ao objeto do contrato, e, por outro lado, que sejam estritamente proporcionais – devem submeter-se a um autêntico teste de proporcionalidade em sentido estrito –, o que significa que os

---

<sup>113</sup>Proc. C-247/02.

<sup>114</sup>Cf. parágrafos 34, 35 e 36: a concorrência nas relações entre os concorrentes; a concorrência nas relações entre as EA e as empresas; a concorrência como uma instituição.

<sup>115</sup>Seguimos, Graells, 2015, p. 6.



benefícios retirados da implementação das considerações em estudo têm que compensar o prejuízo que se cria no panorama concorrencial. Este teste de proporcionalidade deve ancorar-se em dois critérios: na consistência e efeitos dos objetivos das PH e no valor das políticas económicas da UE<sup>116</sup>.

**4.2. Também os critérios de adjudicação** se encontram cerceados de considerações concorrenciais gerais, estabelecendo-se, no n.º 4, do artigo 67º que (i) os “critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada”<sup>117</sup>; (ii) devem “assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e ser acompanhados de especificações que permitam verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes”, sendo que, (iii) “em caso de dúvida, as entidades adjudicantes verificam [...] a exatidão das informações e provas fornecidas pelos proponentes”. Considere-se, ainda, o n.º 5 do mesmo artigo que estabelece uma obrigatoriedade de as EA especificarem nos documentos do concurso “a ponderação relativa que atribu[em] a cada um dos critérios para determinar a proposta economicamente mais vantajosa”. Mais relevante, porque mais complexo, é o estabelecimento de requisitos específicos para as considerações ambientais e/ou sociais, e que se compadecem com preocupações concorrenciais. Com efeito, no âmbito da PEMV, a melhor relação qualidade/preço “deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais” (sublinhado nosso). Neste caso, estes aspetos têm de estar ligados ao objeto do contrato. Parece-nos, em todo caso, que este critério *afrouxou*, na medida em que a Diretiva amplificou os casos em que existe uma ligação ao objeto do contrato: “quando os critérios de adjudicação estiverem relacionados com as obras, produtos ou serviços a fornecer ao abrigo desse [específico] contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida [...] mesmo que esses fatores não façam parte da sua substância material”. Neste momento, e no que concerne ao conceito de objeto de contrato assiste, uma vez mais, uma perspetiva *nascimento-morte* das, obras, produtos ou serviços, veiculada nesta Diretiva. Em resumo, esta redação introduz as exigências do Acórdão *Concordia Bus*, e adiciona-lhe a perspetiva de ciclo de vida. Não garantir a ligação ao objeto do contrato significaria conferir poderosa arbitrariedade às EA que, ao desconectarem-se do contrato, poderiam

---

<sup>116</sup>Graells, 2015, pp. 7,9,11.

<sup>117</sup>Como explica Paula Bordalo Pinheiro, “*This means that, despite the contracting authorities having the right (and obligation) to exercise their discretion in order to choose the award criteria [...] this discretionary power should not involve an element of arbitrary choice.*” Faustino, 2014, pp. 131,132.

criar aspetos avaliativos formatados, originadores de situações de preferência de determinados operadores, em preterição de outros. Relevante aqui é colocar em evidência o facto de esta concreta preocupação concorrencial se ter flexibilizado, uma vez que, apesar de a Diretiva 2004 não ser clara quanto à amplitude da ligação ao objeto do contrato, a verdade é que eram dadas algumas pistas no sentido de se adotar uma visão restritiva<sup>118</sup>: o objeto do contrato centrava-se numa visão *materialista* e *finalística*. Foi com o caso *Max Havelaar* que se cimentou esta flexibilização da ligação ao objeto do contrato, confirmando o que já tinha sido consagrado no *EVN and Wienstrom*. Refira-se, ainda, que o considerando 97 acrescenta novo limite, estabelecendo que “a condição de uma [graa] ligação com o objeto do contrato exclui critérios e condições relativos à política empresarial geral”, promovendo uma política de não discriminação entre os operadores, fomentadora da concorrência. A certo ponto, parecem ter-se levantado algumas dúvidas quanto à estrita necessidade de ligação ao objeto – algumas vozes sugeriram que critérios não ligados ao objeto do contrato pudessem ser tomados em conta como “critérios adicionais”, quando se estivesse perante dois operadores “empatados”. Seguimos, contudo, a interpretação de MARC MARTENS e STANISLAS DE MARGERIE de que não há, hoje, dúvidas de que sempre tem que existir uma ligação ao objeto do contrato<sup>119</sup>; caso contrário estaríamos perante uma machadada no *coração* da concorrência.

**4.3. A fórmula CCV** abrange os custos imputados a externalidades ambientais. Para que o CCV possa assumir-se como um instrumento relevante na área da *ambientalidade* sustentável, haverá que internalizar as externalidades e dar-lhes um valor monetário<sup>120</sup> dado que, de outro modo, seria impossível criar a objetividade necessária à comparabilidade das propostas. Com efeito, a consideração de externalidades ambientais constitui uma arrojada aposta na veiculação da sustentabilidade no âmbito da contratação. Este particular arrojo necessita, então, de se revestir das maiores cautelas concorrenciais; sem a previsão da imposição de determinação e confirmação do valor monetário, estar-se-ia a abrir portas a uma perigosa subjetividade que colocaria em causa uma imparcial avaliação das propostas. A Diretiva impõe a verificação de determinadas condições no que toca à utilização da metodologia para avaliar os custos imputados a externalidades ambientais: i) “basear-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios,

---

<sup>118</sup>Assim, Faustino, 2014, p. 130.

<sup>119</sup>Martens & de Margerie, 2013, p. 14.

<sup>120</sup>Dragos & Neamtu, 2013, p. 20.

sendo que, no caso de não ter sido estabelecida com vista a uma aplicação repetida ou continuada, não pode favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”; ii) “estar acessível a todas as partes interessadas”; iii) “prever-se a possibilidade de os dados necessários serem fornecidos, mediante esforço razoável, por operadores económicos normalmente diligentes, incluindo operadores económicos de países terceiros que sejam partes no GPA ou noutros acordos internacionais que vinculam a União”. Note-se que, tal como recordam DRAGOS E NEAMTU<sup>121</sup>, o texto da Diretiva não fez eco da posição da Comissão de que as metodologias deveriam ser estabelecidas, obrigatoriamente, com vista a uma aplicação repetida ou continuada, não se permitindo metodologias *tailor-made*. Permite-se, sim, a existência destas metodologias *feitas à medida*, impondo-se, contudo, que a metodologia se baseie em critérios objetivos e não discriminatórios, o que se traduz numa medida de flexibilização concorrencial e *amiga* das considerações ambientais. Por último, repare-se que as exigências do artigo 68º, n.º 2 refletem o funcionamento os princípios da transparência e da publicidade como forma de manter o *level playing field* entre os operadores económicos.

**4.4.** O artigo 43º molda a possibilidade de exigência de **rótulos específicos** em função do cumprimento de requisitos concorrenciais: “a) Os requisitos de rotulagem dizem exclusivamente respeito a critérios associados ao objeto do contrato e são apropriados para definir as características das obras, fornecimentos ou serviços a que se refere o contrato; b) Os requisitos de rotulagem baseiam-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios; c) Os rótulos são criados através de um procedimento aberto e transparente em que podem participar todas as partes interessadas, nomeadamente organismos governamentais, consumidores, parceiros sociais, fabricantes, distribuidores e organizações não governamentais; d) Os rótulos estão acessíveis a todas as partes interessadas; e) Os requisitos de rotulagem são definidos por um terceiro sobre o qual o operador económico que solicita o rótulo não possa exercer uma influência decisiva”. A imposição destes requisitos faz todo o sentido, uma vez que a utilização de rótulos específicos é suscetível de criar um risco de as EA os utilizarem com o objetivo de distorcer a concorrência<sup>122</sup>. A imposição de apresentação de específicos rótulos pode diminuir, substancialmente, o número de operadores económicos capacitados a apresentar propostas, com o consequente efeito de redução da concorrência.

---

<sup>121</sup>Dragos & Neamtu, 2014, p. 328.

<sup>122</sup>Caranta, Labels as enablers of sustainable public procurement, 2016, p. 101.

Numa clara tentativa de amenizar os nefastos efeitos da prevalência das preocupações ambientais e sociais previu-se, no mesmo artigo, que “as autoridades que exijam um determinado rótulo devem aceitar todos os rótulos que confirmem que as obras, fornecimentos ou serviços obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes”<sup>123</sup>. Tenta-se, deste modo, prevenir a (injustificada) exclusão de operadores económicos do jogo concursal.

**4.5.** No âmbito das **especificações técnicas**, previstas no artigo 42º, impõe-se que “uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do ciclo de vida” se conecte com o objeto do contrato e seja proporcional ao seu valor e aos seus objetivos. Para a interpretação deste artigo recorreremos às considerações tecidas quanto à ligação ao objeto do contrato no contexto dos critérios de adjudicação, uma vez que a questão concorrencial aqui levantada lhe é, em tudo, paralela. Repristinamos, ainda, o que ficou dito no âmbito da análise do artigo 18º, n.º 2, no que concerne ao funcionamento do princípio de proporcionalidade em sentido estrito que encontra, agora, reflexo específico no contexto das especificações técnicas – os benefícios obtidos com a utilização de um processo ou método específico ligado a considerações ambientais e sociais, terá, necessariamente, que compensar as possíveis restrições concorrenciais causadas; para isso, deverá usar-se como critérios “o valor” e “objetivos” desse processo ou método<sup>124</sup>. Relevante é, ainda, o número 2, do mesmo artigo onde se estabelece que “as especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência” (sublinhado nosso). Assim, com a presente redação, intui-se que, caso os obstáculos sejam justificados – nomeadamente, porque as *bendições* ambientais e sociais assim o ditam – poderá abrir-se uma brecha à diminuição da abertura dos contratos públicos à concorrência. Finalmente, caso as EA escolham a modalidade de “requisitos funcionais” que incluam “características ambientais”, na formulação das especificações técnicas, terão de ter em conta que é necessário que os parâmetros “sejam suficientemente precisos para permitir que os proponentes determinem o objeto do contrato e que as EA procedam à respetiva adjudicação”. Mais

---

<sup>123</sup>Assim, Caranta, Labels as enablers of sustainable public procurement, 2016, p. 109.

<sup>124</sup>Sem prejuízo da crítica aventada anteriormente, quanto à subjetividade e falta de densificação destes critérios.

uma vez, verifica-se uma preocupação de não-discriminação entre os operadores, como forma de proteção concorrencial.

**4.6. A contratação reservada** assume-se como um bom exemplo de flexibilização concorrencial, tendo-se *afrouxado* os limites da sua aplicação – agora, apenas 30% dos empregados têm de ser trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos. Tal como realça NUNO CUNHA RODRIGUES, “esta exceção permite seleccionar e discriminar positivamente concorrentes mas não afasta a necessidade de concorrência entre os que reúnam as mesmas condições”<sup>125</sup>. Denote-se, ainda, que o artigo faz referência a “entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social de profissionais com deficiência ou desfavorecidos” e a “programas de emprego protegido”, de forma neutra, no sentido em que não consente no favorecimento de entidades, operadores económicos e programas de emprego nacionais: o Estados-Membros terão, necessariamente, de conceber uma avaliação europeia, protegendo-se a abertura do mercado interno à concorrência<sup>126</sup>.

**4.7.** Finalmente, no que se refere às **condições de execução de contratos**, estabelecida no artigo 70º prevê-se que as EA possam fixar condições especiais de execução de um contrato, “desde que as mesmas estejam relacionadas com o objeto do contrato, na aceção do artigo 67º, n.º 3, e sejam indicadas no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso”. Mais uma vez se recuperam as considerações já tecidas no ponto 4.2 quanto à ligação ao objeto do contrato. O presente artigo adiciona, ainda, exigências de transparência suficientes para criar uma proteção concorrencial em face da integração de considerações ambientais e sociais. Com efeito, a integração deste tipo de dimensões nesta fase acarretará um acompanhamento especial por parte das entidades competentes no sentido de averiguar pela sua efetiva implementação. Aqui, o equilíbrio concorrencial coloca-se com maior acuidade, na medida em que «*the contract clauses are not “evaluated” during the procurement process*»<sup>127</sup>.

## **5. CONCORRÊNCIA E PH AMBIENTAIS E SOCIAIS: UMA TENSÃO IRREMEDIÁVEL?**

Como já vimos, a concorrência na contratação pública está, essencialmente, ligada à construção do mercado interno e à obtenção do *best value for money*; ou seja, há uma

---

<sup>125</sup>Rodrigues, 2013, p. 287.

<sup>126</sup>Nesta linha, ainda que sobre o conteúdo da Diretiva 2004/18 (“oficinas protegidas”), Campos, 2011, p. 167.

<sup>127</sup>Caranta, Helping Public Procurement Go Green: The Role of International Organisations, 2013, p. 51.

conexão primordial a considerações económicas. Contudo, é inegável que a Diretiva 2014/24 introduziu um conjunto de avanços no espaço ambiental e social suscetíveis de distorcer a concorrência.

Pretende-se, com este capítulo, abrir um espaço de diálogo doutrinal para se alcançar se a tensão entre estas duas dimensões se afigura irremediável, ou se, pelo contrário, existe, no *diâmetro* da contratação pública, espaço para uma convivência pacífica entre a concorrência e sustentabilidade.

Dos autores estudados, é ALBERT SANCHEZ GRAELLS quem mais propugna pela consideração da concorrência como elemento primordial da Diretiva 2014/24, sustentando a essencialidade do instrumento concorrencial, plasmado no artigo 18º, n.º 1, ainda que reconheça o evidente o desígnio do legislador em fomentar a sustentabilidade. Assim, “*public procurement can only make such a contribution [to the Europe 2020 strategy] by promoting the maximum degree of competition*”<sup>128</sup>. Com efeito, a chave para a acomodação destas considerações sustentáveis resultaria, essencialmente, de uma análise de proporcionalidade em sentido estrito, decorrente do artigo 18º, n.º 1. Esta disposição obrigaria a que os benefícios resultantes da implementação destas PH superassem os danos causados no plano concorrencial. Para se alcançar este débil equilíbrio, considera que se deveriam ter em conta dois critérios: a consistência dos objetivos e efeitos das PH e a relevância das políticas económicas da UE em conflito<sup>129</sup>.

A par deste autor, mas com uma visão, ainda assim, mais moderada, parece estar JORGEN HETTNE, que considera que o objetivo máximo da contratação pública é o fortalecimento do mercado interno e da concorrência, o que significa que a introdução de novas considerações ambientais e sociais no âmbito desta nova Diretiva não se podem afigurar como uma “*carte blanche*” à contratação sustentável<sup>130</sup>. Na verdade, JORGEN HETTNE faz uma interpretação menos generosa do significado dos artigos 7º, 8º, 9º, 10º e 11º do TFUE<sup>131</sup>, considerando que eles apenas clarificam que o projeto de integração europeu deve ter em conta diferentes interesses, para além da concorrência<sup>132</sup>. Apesar disso, reconhece que o mercado interno é, atualmente, um conceito complexo, por ter a seu

---

<sup>128</sup>Graells, 2015, p. 1.

<sup>129</sup>*Idem, Ibidem*, pp. 7-12.

<sup>130</sup>Hettne, 2013, pp. 31, 32.

<sup>131</sup>Em oposição a Wiesbrock. An Obligation for Sustainable Procurement? Gauging the Potencial Impact of Article 11 TFUE on Public Contracting in the EU, 2013, p. 130.

<sup>132</sup>Hettne, 2013, p. 34.

cargo a implementação de múltiplos objetivos e que a nova Diretiva lhes amplifica o espaço a si dedicado<sup>133</sup>. Para que a implementação das considerações ambientais e sociais seja possível, relembra que os critérios “*must be applied in a non-discriminatory manner, be justified by imperative requirements in the general interest, be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue, and not to go beyond what is necessary in order to attain it*”. Assim, ao invés de colocar em evidência os benefícios resultantes destas novas dimensões, adota uma posição de cautela, defendendo que a preocupação principal será sempre a de proteção da concorrência e do mercado interno, e que a contratação pública sustentável apenas poderá ser vista como um “instrumento complementar”<sup>134</sup>.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO adota um pensamento mais favorável à integração de considerações ambientais e sociais, na contratação pública, “*dessacralizando*”<sup>135</sup> o papel da concorrência. Ainda assim, este autor reconhece que a implementação deste tipo de considerações “atinge o centro da ideia de concorrência”, uma vez que podem “levar à [...] exclusão dos agentes económicos dos procedimentos de formação”<sup>136</sup>. Não deixa, contudo, de colocar em evidência uma constatação, que acompanhamos: uma determinada aquisição pública não se pode confinar a pura racionalidade económica<sup>137</sup> – que, como sabemos, se atinge, essencialmente, pelo funcionamento do princípio da concorrência – uma vez que os Estados devem ser zelar por outro tipo de preocupações, ligadas ao interesse geral. Este mesmo raciocínio poderá aplicar-se no plano da UE e à responsabilidade que assume no espectro contratação pública – a UE enfrenta dificuldades: o esgotamento dos recursos, a precariedade no emprego ou as alterações climáticas, são questões de “interesse geral”/europeu que poderão justificar, em certos casos, um abrandamento concorrencial.

Por nosso turno, assumimos como inegável a essencialidade da concorrência; consideramos, ainda, que essa essencialidade é demonstrada na presente Diretiva (cf. considerando 1 e artigo 18º, n.º1). Contudo, a verdade é que não nos compadecemos com

---

<sup>133</sup>*Idem, Ibidem*, p. 35.

<sup>134</sup>*Idem, Ibidem*, p.40

<sup>135</sup>Expressão inspirada em Mark Kirkby, quando se indignou contra a presença de um “sacrossanto princípio da concorrência”, colocando em evidência a inflexibilidade com que o princípio é aplicado no âmbito da contratação pública. Kirkby, 2013.

<sup>136</sup>Raimundo, A formação dos contratos públicos, Uma concorrência ajustada ao interesse público, 2013, p. 398.

<sup>137</sup>*Idem, Ibidem*, p. 400.

visões de *sacralização* do princípio da concorrência – as preocupações concorrenciais terão de *afrouxar* quando confrontadas com veementes exigências ambientais e sociais; em certos casos estaremos perante verdadeiras discriminações positivas. Pensamos que o contexto ambiental e social que atravessamos justifica esse *amortecimento*. A sustentabilidade não assume, nesta Diretiva, um papel complementar/secundário em relação à concorrência: ambas as dimensões complementam-se. Acresce que a concorrência não terá, necessariamente, de se afigurar como *inimiga* da *ambientalidade* e da *socialidade*; ao invés – ela será *aliada* necessária à obtenção da compra ambiental e/ou social mais vantajosa.



## CONCLUSÃO

Percorrido este itinerário, e porque sempre chegamos ao sítio aonde nos esperam<sup>138</sup>, cabe-nos, desta feita, aduzir um conjunto de argumentos que clarifiquem a nossa posição quanto à matéria em estudo.

Tivemos, desde logo, a oportunidade de constatar que a concorrência alcançou, na Diretiva, lugar de destaque, com a consagração de um princípio da concorrência (artigo 18º, n.º 1) e com a sua menção primária nos respetivos considerandos.

Contudo, concluímos, também, que esta concorrência se encontra, atualmente, perante um conjunto de novos desafios, que se traduzem no reforço de PH ambientais e sociais e que comportam uma *caleidoscopia* de objetivos (no conteúdo, na forma e nas *cores*) que, de resto, ficou clara, pela análise da *Estratégia Europa 2020*.

O conflito entre estas dimensões confrontou-nos com uma tensão expectável: estas políticas são suscetíveis de *ferir* a concorrência, caso não sejam tomadas as devidas precauções concorrenciais: por um lado, fomenta-se a exclusão de operadores económicos, por outro lado, poderá abrir-se espaço a discriminações entre operadores.

Todavia, a resenha histórica das dimensões ambientais e sociais demonstrou-nos que o processo se desenhou de forma ascendente, do qual é paradigmática a preponderância atual do uso do termo (política) *horizontal*, ao invés do termo (política) *secundária*. Note-se, porém, que sempre colocamos em evidência que este percurso, apesar de ascendente, se pautou pela cautela concorrencial, que encontrou reflexo, quer nas comunicações da CE, quer nas Diretivas de 2004 e também, agora, na Diretiva 2014/24.

No âmbito desta Diretiva constatamos que o legislador europeu abriu portas de dimensão considerável à sustentabilidade. Contudo, como se verificou, em alguns casos (v.g., critérios de adjudicação), alguns dos avanços pareceram demonstrar uma intencionalidade, sem consubstanciação. Por outro lado, casos houve, em que se verificou um claro *afrouxamento* dos requisitos concorrenciais (v.g., contratos reservados, amplificação do conceito de ligação ao objeto do contrato).

---

<sup>138</sup>Frase de José Saramago, em a *Viagem do Elefante*.

Consideramos, que estas *frentes* ambientais e sociais se destacaram sobremaneira, tendo-se perspectivado a concorrência, nesta sede, como forma de contenção ou *amortecimento* dos seus eventuais danos colaterais.

Pensamos que com a presente Diretiva se alterou o paradigma concorrencial: a concorrência já não funciona *sobre* as dimensões ambientais e sociais; a concorrência funciona *com* elas (se não em total harmonia, pelo menos, em paridade). Tal revela-se, desde logo, na expressa menção às duas dimensões nos princípios da contratação. Como vimos, há soluções para prevenir uma tensão que se sabe existir; ela é superável. Caso a UE não se empenhe nessa superação, ver-se-á perante um processo de retrocesso, que não convirá nos tempos de crise que atravessamos.

## BIBLIOGRAFIA<sup>139</sup>

- Arnould, J. (2004).** Secondary policies in public procurement: the innovations of the new Directives. *P.P.L.R.*, 4, pp. 187-197.
- Arrowsmith, S. (2014).** *The Law of Public And Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK*. London: Sweet & Maxwell.
- Bernal Blay, M. Á. (2013).** El Desarrollo de Políticas Activas de Empleo a través de los Contratos Públicos. Em J. J. Penas García, *Contratación Pública Estratégica* (pp. 161-186). Pamplona: Thomson Reuters ARANZADI.
- Bovis, C. H. (2007).** *EU Public Procurement Law*. Northampton: Elgar European Law.
- Butler, L. (2014).** Innovation in Public Procurement: Towards the "Innovation Union". Em F. Lichère, R. Caranta, & S. Treumer, *Modernising Public Procurement: The New Directive* (pp. 337-383). Copenhagen: DJOF PUBLISHING.
- Campos, D. D. (2011).** A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais. Em PLMJ, *Estudos de Direito Público* (Vol. n.º 4, pp. 127-170). Coimbra: Coimbra Editora.
- Caranta, R. (2013).** Helping Public Procurement Go Green: The Role of International Organisations. *EPPPL*, 49, pp. 49-54.
- Caranta, R. (2014).** Sustainable Procurement. Em M. Trybers, R. Caranta, & G. Edelstam, *EU Public Contract Law, Public Procurement and Beyond* (pp. 165-190). Bruxelles: Bruylant.
- Caranta, R. (2015).** The Changes To The Public Contract Directives And The Story They Tell About How EU Law Works. *Common Market Law Review*, 52, pp. 391-460.
- Caranta, R. (2016).** Labels as enablers of sustainable public procurement. Em B. Sjaafjell, & A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement Under EU Law, New Perspectives on the State as Stakeholder* (pp. 99-113). Cambridge: Cambridge University Press.

---

<sup>139</sup>Apesar da escolha da utilização da Referência APA, por uma questão de limitação de caracteres, recorreremos, no que toca a referências subsequentes, às expressões *Idem*, *Ibidem*.

- Carvalho, R. (2015).** Contratação Pública e Eco-inovação. Em P. Otero, C. A. Gomes, & T. Serrão, *Estudos em homenagens a Rui Machete* (pp. 881-905). Coimbra: Almedina.
- Dragos, D. C., & Neamtu, B. (2016).** Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union. Em B. Sjaafjell, & A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement Under UE Law, New Perspectives on the State as Stakeholder* (pp. 114-137). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dragos, D., & Neamtu, B. (2013).** Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal. *EPPPL*, 8, pp. 19-30.
- Dragos, D., & Neamtu, B. (2014).** Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects. Em F. Lichère, R. Caranta, & S. Treumer, *Modernising Public Procurement: The New Directive* (pp. 301-335). Cambridge: DJØF Publishing.
- Estorninho, M. J. (2006).** *Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um Olhar Português*. Coimbra: Almedina.
- Estorninho, M. J. (2014).** *Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina.
- Faustino, P. B. (2014).** Award criteria in the new EU Directive on public procurement. *P.P.L.R.*, 3, pp. 124-133.
- Garcia, M. d. (2009).** *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina.
- Gimeno Feliu, J. M. (2015).** El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España. *Curso de Verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea»*, (pp. 1-116). Porto.
- Gonçalves, P. C. (2010).** Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise. Em P. C. Gonçalves, *Estudos de Contratação Pública - III* (pp. 5-49). Coimbra: CEDRIPE - Coimbra Editora.
- Graells, A. S. (2015).** Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?

*Curso de Verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea», (pp. 1-14). Porto.*

**Hettne, J. (2013).** Sustainable Public Procurement and the Single Market - Is There a Conflict of Interest? *EPPPL*, 1, pp. 31-40.

**Kirkby, M. (2013).** Public Contracts at the Epicenter of the Crisis: pondering the Variable Intensity of the Competition Principle. *ERPL*, 25, pp. 233-244.

**Kunzlik, P. (2005).** "Green procurement" under the new regime. Em R. Nielsen, & S. Treumer, *The New EU Public Procurement Directives* (pp. 117-148). Copenhagen: DJOF.

**Mário Esteves de Oliveira, R. E. (2011).** *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina.

**Martens, M., & de Margerie, S. (2013).** The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement. *EPPPL*, 8, pp. 8-18.

**McCrudden, C. (2007).** *Buying Social Justice, Equality Government Procurement, & Legal Change*. Oxford: Oxford University Press.

**Medeiros, R. (maio/junho de 2008).** Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, pp. 3-29.

**Munro, C. (2006).** Competition law and public procurement: two sides of the same coin? *P.P.L.R.*, 6, pp. 352-361.

**Oliveira, R. E. (2008).** Os Princípios Gerais da Contratação Pública. Em P. Gonçalves, *Estudos de Contratação Pública - I* (pp. 51-113). Coimbra: CEDIPRE- Coimbra Editora.

**Olykke, G. S. (2011).** How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context? *P.P.L.R.*, 6, pp. 179-192.

**Pais, S. (2011).** *Entre inovação e concorrência, Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

**Pereira, P. M., & Franco, J. S. (2012).** A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *RCP*, 5, pp. 143-166.

- Quesada, C. E. (2014).** Competition and transparency in public procurement in public procurement markets. *P.P.L.R.*, 5, pp. 229-244.
- Raimundo, M. A. (2013).** *A formação dos contratos públicos, Uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL.
- Raimundo, M. A. (2013).** As "exceções" da contratação pública e da concorrência. Em C. Trabuco, & V. Eiró, *Contratação Pública e Concorrência* (pp. 117-137). Coimbra: Almedina.
- Rodrigues, N. C. (2013).** *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina.
- Sampaio, R. (2013).** Distorções da concorrência na participação em procedimentos da contratação pública. Em P. Gonçalves, *Estudos de Contratação Pública - IV* (pp. 487-536). Coimbra: Coimbra Editora.
- Schooner, S. L. (2002).** Desiderata: objectives for a system of government contract law. *P.P.L.R.*, 2, pp. 103-110.
- Semple, A. (2012).** *Reform of the EU Procurement Directives And WTO GPA: Forward Steps for Sustainability?* Obtido de <http://ssrn.com/abstract=2089357>, em 18 de abril de 2016.
- Sjafjell, B., & Wiesbrock, A. (2015).** Why should public procurement be about sustainability? Em B. Sjafjell, & A. Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement Under Eu Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (pp. 1-22). Cambridge: Cambridge University Press.
- Sue Arrowsmith, P. K. (2009).** Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles. Em S. Arrowsmith, & P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions* (pp. 9-54). Cambridge: Cambridge University Press.
- Trepte, P. (2007).** *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*. Oxford: Oxford University Press.
- Viana, C. (2007).** *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora.

**Wiesbrock, A. (2013).** An Obligation for Sustainable Procurement? Gauging the Potencial Impact of Article 11 TFUE on Public Contracting in the EU. *LIEI*, 40, 105-132.

**Wiesbrock, A. (2015).** Socially responsible public procurement, European value or national choice? Em B. Sja fjell, & A. Wiesbrock, *Sustainable Procurement Under EU Law, New Perspectives on the State as Stakeholder* (pp. 75-98). Cambridge: Cambridge University Press.

## ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão *Beentjes*- Acórdão do Tribunal (Quarta Secção), de 20 de Setembro de 1988, Gebroeders Beentjes BV contra Estado dos Países Baixos, Proc. C- 31/87.

Acórdão *Concordia/Concordia Bus*- Acórdão do Tribunal de 17 de Setembro de 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, anteriormente Stagecoach Finland Oy Ab contra Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne, Proc. 513/99.

Acórdão *EVN and Wienstrom/ Wienstrom*- Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 4 de Dezembro de 2003, EVN AG e Wienstrom GmbH contra Republik Österreich, Proc. C-448/01.

Acórdão *Sintesi*- Acórdão do Tribunal (Segunda Secção) de 7 de Outubro de 2004, Sintesi SpA contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, Proc. C-247/02.

Acórdão *Viking*- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 11 de Dezembro de 2007, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti, Proc. 438/05.

Caso *Max Havelaar* (Acórdão *Comissão Europeia contra Reino dos Países Baixos*) - Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de Maio de 2012, Comissão Europeia contra Reino dos Países Baixos, Proc. C-368/10.



## **COMUNICAÇÕES DA COMISSÃO EUROPEIA**

LIVRO BRANCO sobre a realização do mercado interno, COM (1985) 310 final, Bruxelas, 14 de junho de 1985.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO, OS CONTRATOS PÚBLICOS NA UNIÃO EUROPEIA, COM (1998) 143 final, Bruxelas, de 11 de março de 1998.

COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA DA COMISSÃO sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos, COM (2001) 274 final, Bruxelas, de 4 de julho de 2001.

COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA DA COMISSÃO sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos, COM (2001) 566 final, Bruxelas, de 15 de outubro de 2001.

COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA DA COMISSÃO, COM (2003), 503 final Bruxelas, de 14 de agosto de 2003.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO, EUROPA 2020 Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, COM (2010) 2020 final, Bruxelas, de 3 de março de 2010.

LIVRO VERDE sobre a modernização da política de contratos públicos da EU, Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, COM (2011) 15 final, Bruxelas, de 27 de janeiro de 2011.

## **SÍTIOS DA INTERNET CONSULTADOS**

<http://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-2-horizontal-objectives-in-public-procurement.pdf>, consultado em 20 de março de 2016.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l70004&rid=8>, consultado em 21 de abril de 2016.

[http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao\\_CE\\_COM-1998-\\_143\\_final.PDF](http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-_143_final.PDF), consultado em 27 de abril de 2016.